

ORGANIZADORES

LITON LANES PILAU SOBRINHO
PAULO MÁRCIO CRUZ
FABÍOLA WUST ZIBETTI

ISBN: 978-65-00-63657-4

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: PERSPECTIVAS DA ATUALIDADE

REALIZAÇÃO



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



APOIADORES

PAEP

programa de apoio a
eventos no país



C A P E S



UNIVALI

2022

ORGANIZADORES
LITON LANES PILAU SOBRINHO
PAULO MÁRCIO CRUZ
FABÍOLA WUST ZIBETTI

ISBN: 978-65-00-63657-4

JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL, DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS: PERSPECTIVAS DA ATUALIDADE

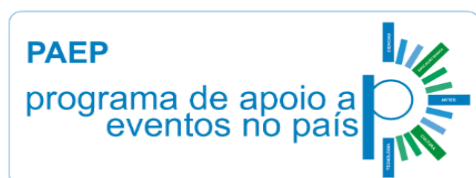
REALIZAÇÃO



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



APOIADORES



2022

ARTIGOS - GT1- DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Aline Hoffmann
Ari Rheinheimer Filho
Bianca Andrade de Castro
Carlos Afonso Rigo Santin
Caroline Bianchi Cunha
Francine Cansi
Gabriel Dil
Karen Beltrame Becker Fritz
Luis Angelo Dallacort
Marlon Adriano Balbon Taborda
Roberta de Oliveira Sutel
Viktória Gandolfi Medeiros
Vitória Piucco

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

Aline Hoffmann
Carlos Afonso Rigo Santin
Caroline da Silva
Faena Gall Gofas Meneghetti
Ivanio Formighieri Müller
Kelly Elisabete Speth
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Luiz Ernani Bonesso de Araujo
Luiza Boff Lorenzon
Marilaine Moreira de Jesus
Marlon Adriano Balbon Taborda
Talissa Truccolo Reato

ARTIGOS – GT3- DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

Cesar Bisol
Elys Marina Hack
Felipe Antonioli
Franco Scortegagna
Micheli Piucco
Monique Inês Péres
Patrícia Grazziotin Noschang
Priscila Silva Biandaro
Vanessa Ramos Casagrande

ARTIGOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Alice Benvegnú
Ana Raquel Pantaleão da Silva
Carolina Goulart
Caroline Bianchi Cunha
Gabriela Bolzan Souza
Josiane Petry Faria
Letícia da Fontoura Tomazzetti
Liz Fernanda Carrard de Lima
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Marina Witter Puss
Mário Júnior Conceição Carvalho
Samara Scartazzini Awad
Tainá Viana
Valesca Brasil Costa
Valmor Scott Jr.

ARTIGOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Eloisa Aparecida Piran
Fernanda Rotta Zanella
Filipe Andros Brasil Siviero
Giovani da Silva Corralo
Giovani da Silva Corralo
Isabelle Klein
Isabelle Klein
Kauê Ruviano Vieira
Leonardo Tozzo Cominetti
Luiza Boff Lorenzon
Maria Eliza Zanini Martins De Marco
Marilaine Moreira de Jesus

ARTIGOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Alessandra Vanessa Teixeira
Eloisa Aparecida Piran
Faena Gall Gófas Meneghetti
Francine Cansi
Juliana Marques da Silveira
Kelly Elisabete Speth
Maria Eliza Zanini Martins De Marco
Nara Suzana Stainr

ARTIGOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA ESPAÇOS VIRTUAIS

Karen Beltrame Becker Fritz
Liton Lanes Pilau Sobrinho
Roberta De Oliveira Sutel
Victória Gandolfi Medeiros
Vitória Piucco

ARTIGOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Adelcio Molin
Elys Marina Hack
Franco Scortegagna
Vanessa Ramos Casagrande

ARTIGOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Bianca Neves de Oliveira
Diana Milene Goltz
Flávia Stainr Pires
Gabriel Dil
Gabriely Vivian Vieira
Giovani Corralo
Idionei Oliveira Vieira
Leonel Severo Rocha
Letícia da Fontoura Tomazzetti
Roberta de Oliveira Sutel
Victória Tramontini

ARTIGOS – GT10 – SEGURANÇA ALIMENTAR

Adriana Aguilhar da Silva
Ana Luiza Almeida da Silva
Francielle Benini Agne Tybusch

ARTIGOS – GT11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS

Beatriz da Rosa Guimarães
Francielle Benine Agne Tybusch
Gabriely Vivian Vieira
Idionei Oliveira Vieira
Laura Marschall Morgenstern
Natalia Ferreira Lehmkuhl Cenci
Patricia Grazziotin Noschang
Thaís Fernanda Silva

ARTIGOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS

Adriana Aguilhar da Silva
Alana Tessaro Vuelma
Ana Luiza Almeida da Silva
Francielle Benini Agne Tybusch
Franco Scortegagna
Luiza Boff Lorenzon
Maira Angélica Dal Conte Tonial
Marcio Casanata Godinho
Marilaine Moreira de Jesus
Morgan Stefan Grando
Nathália Debiasi Salvi
Talissa Truccolo Reato

ARTIGOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Ana Clara Cestonaro
Ana Paula Benelli Ravanello
Bianca Elias Paschoal
Bruna Dal Molin Lorenzetti
Bruno Guareschi Madalosso
Claudia Denise Vizioli
Eduarda Comin
Erica Balbinot
Faena Gall Gófas Meneghetti
Franciele Engelmann da Silva
Franco Scortegagna
Jovana De Cezaro
Julia Fátima Gonçalves Torres
Kailaine Tessaro
Laís Regina Casagrande
Marieli Machado
Nadya Regina Gusella Tonial
Rosane Alves da Luz

RESUMOS – GT1 – DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

Beatriz da Rosa Guimarães
Cássia Gilmar Fraga Chiarello
Lara Muniz do Amaral
Manuela Dalpian Lanzarin
Marina Witter Puss
Taísa Cabeda
Tamires Kürschner Caspers
Vanessa Ramos Casagrande

RESUMOS – GT2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

João Luis Severo da Cunha Lopes

RESUMOS – GT3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL

Beatriz John Kettermann

Clovis Gorczewski

Greice Busato e Souza

Maira Zenni Carbonera

Micheli Capuano Irigaray

Micheli Piucco

RESUMOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS

Cristiane Terezinha Rodrigues

Eloisa Aparecida Piran

Giuliana Dal Bôsko Nascimento

Jodely Kommers de Siqueira

Júlia Battisti Fiorentin

Karen Beltrame Becker Fritz

Maria Eliza Zanini Martins de Marco

Mariana Mattos Volpi

RESUMOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

Alana Tessaro Vuelma

Marcio C. Godinho

Marcio Renan Hamel

Maria Eduarda Braga Moraes

Taisa Cabeda

RESUMOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO

Nara Suzana Stainr Pires

Pablo Machado de Souza

Róger Ribeiro Vieira

RESUMOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

Augusto Zanini

Jefferson Passa Folletto

Leonardo José Ronssoni

Morgan Stefan Grando

Sabrina Daiane Staats

Talissa Truccolo Reato

RESUMOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

Greice Busato e Souza

Maira Zenni Carbonera

Vanessa Ramos Casagrande

RESUMOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS

Francielle Benini Agne Tybusch

Marcela Lima De Lima

RESUMOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TÉCNOLOGIAS

Carla Cartabil Mendes

Dorival Morbach de Aguirra

Jaciele Aparecida Klaus

Maira Angélica Dal Conte Tonial

Marcio Casanata Godinho

RESUMOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO

Arthur Mosna

Bruna Gonçalves do Prado

Diego Nunes

Franco Scortegagna

José Cristiano Santos de Paula

Jovana De Cezaro

Leonardo José Ronsoni

Róger Ribeiro Vieira

Stéfani Carolina Muller

Verônica Carlotto Chiossi

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

Fabíola Wust Zibetti

Colaboradora

Talissa Truccolo Reato

Projeto Editorial/Capa

Alexandre Zarske de Mello

Revisão

Alexandre Zarske de Mello

Beatriz John Kettermann

Pedro Gabriel Cardoso Passos

Victória Gandolfi Medeiros

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).

Ficha Catalográfica

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

Jurisdição constitucional, democracia e relações sociais [livro eletrônico] : perspectivas da atualidade / organização Liton Lanes Pilau Sobrinho, Paulo Márcio Cruz, Fabíola Wust Zibetti ; coordenação Talissa Truccolo Reato. -- Itajaí, SC : Ed. dos Autores, 2023.
PDF.

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-65-00-63657-4

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

23-147093

CDU-342.5

Índices para catálogo sistemático:

1. Jurisdição constitucional : Direito
constitucional 342.5

Aline Grazielle Benitez - Bibliotecária - CRB-1/3129

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO	22
Liton Lanes Pilau Sobrinho	22
Paulo Márcio Cruz	22
Fabíola Wust Zibetti	22
Talissa Truccolo Reato	22
ARTIGOS - GT1- DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	23
A Responsabilidade Civil do Estado e da Atividade Notarial e Registral sob a Ótica da Análise Econômica do Direito	23
Victória Gandolfi Medeiros	23
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM EXEMPLOS PRÁTICOS	32
Marlon Adriano Balbon Taborda	32
Carlos Afonso Rigo Santin	32
A Análise Econômica Do Direito De Richard A. Posner E As Críticas Doutrinárias De Ronald Dworkin	46
Victória Gandolfi Medeiros	46
Vitória Piucco	46
Roberta de Oliveira Sutel	46
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PREPOSIÇÃO LEGISLATIVA E DE POLÍTICAS PÚBLICAS	56
Karen Beltrame Becker Fritz	56
Tamires Kürschner Caspers	56
A ASSOCIAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A REDUÇÃO DAS DISPARIDADES DE GÊNERO	63
Caroline Bianchi Cunha	63
Karen Beltrame Becker Fritz	63
A Inconstitucionalidade do Valor do Salário Mínimo Nacional e a Dignidade da Pessoa Humana	75
Luis Angelo Dallacort	75
Gabriel Dil	75
AS SANÇÕES PREMIAIS COMO MECANISMOS DE INDUÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS	88
Beatriz da Rosa Guimarães	88
DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE	102
Aline Hoffmann	102
O MEIO AMBIENTE E A TUTELA JURISDICIONAL SOB UMA PERSPECTIVA PREVENTIVA NOS CASOS DE SUICÍDIOS	111
Bianca Andrade de Castro	111
Caroline Bianchi Cunha	111
Francine Cansi	111

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO	126
Bianca Andrade de Castro	126
Francine Cansi	126
Karen Beltrame Becker Fritz	126
SOCIEDADES POLITICAMENTE DEMOCRÁTICAS E SOCIALMENTE DESIGUAIS	138
Ari Rheinheimer Filho	138
ARTIGOS – GT2- TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	153
A evolução das sociedades e das constituições revelados através do <i>Compliance</i> internacional	153
Marlon Adriano Balbon Taborda	153
Carlos Afonso Rigo Santin	153
A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O MOVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	168
Ivanio Formighieri Müller	168
Luiz Ernani Bonesso de Araujo	168
Talissa Truccolo Reato	168
MAUS TRATOS AOS ANIMAIS: UM CRIME AMBIENTAL	181
Aline Hoffmann	181
Liton Lanes Pilau Sobrinho	181
MEIO AMBIENTE COMO SUJEITO DE DIREITO NA VERTENTE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO	190
Luiza Boff Lorenzon	190
Marilaine Moreira de Jesus	190
O DIREITO DOS ANIMAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO: uma análise sob a ótica do novo constitucionalismo Latino-americano e o necessário rompimento com a visão antropocêntrica	204
Caroline da Silva	204
Kelly Elisabete Speth	204
Faena Gall Gofas Meneghetti	204
ARTIGOS – GT3- DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	219
A DIGNIDADE HUMANA E A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS	219
César Bisol	219
Priscila Silva Biandaro	219
FATORES GERADORES DO REFÚGIO CLIMÁTICO E A IMPORTÂNCIA DE AMPARO LEGISLATIVO	231
Monique Inês Péres	231
Micheli Piucco	231
O Ativismo Judicial e a Efetivação dos Direitos Trabalhistas na Justiça do Trabalho	243

Elys Marina Hack	243
Franco Scortegagna.....	243
Vanessa Ramos Casagrande	243
PATRIMÔNIO CULTURAL COMO MODALIDADE DE DIREITO HUMANO	257
Felipe Antonioli.....	257
Patrícia Grazziotin Noschang.....	257
ARTIGOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	275
RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA: A DEMOCRACIA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	275
Patricia Grazziotin Noschang.....	275
Micheli Piucco	275
A DISPARIDADE DAS PREMIAÇÕES ESPORTIVAS ENTRE HOMENS E MULHERES EM CONTRADIÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA.....	286
Caroline Bianchi Cunha.....	286
Marina Witter Puss	286
A INVISIBILIDADE DOS FILHOS DO FEMINICÍDIO E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS	300
Alice Benvegnú	300
Josiane Petry Faria	300
A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO DO GÊNERO FEMININO.....	320
Valesca Brasil Costa.....	320
Valmor Scott Jr.....	320
AS MULHERES NO AMBIENTE DE TRABALHO E O DIREITO AO TRATAMENTO PARITÁRIO	329
Gabriela Bolzan Souza	329
Maira Angélica Dal Conte Tonial	329
COTAS PARA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS.....	344
Liz Fernanda Carrard de Lima	344
Mário Júnior Conceição Carvalho.....	344
Tainá Viana	344
O ABORTO, SUA DESCRIMINILIZAÇÃO E O DIREITO PENAL: a efetividade da norma penal relacionada a política criminal e o futuro do direito penal	360
Ana Raquel Pantaleão da Silva	360
O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS E JURÍDICOS: a impossibilidade de relativização dos crimes sexuais contra vulnerável	371
Samara Scartazzini Awad	371

“PEQUENAS MISSES”: PADRONIZAÇÃO E CONTROLE DE CORPOS ATRAVÉS DOS CONCURSOS DE BELEZA E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MENINAS	379
Letícia da Fontoura Tomazzetti	379
Vitória Sbicigo Vendruscolo	379
PRECONCEITO E HOMOFOBIA NAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA: DA DIFICULDADE DO DESEMPENHO DA ATIVIDADE POLICIAL PELOS HOMOSSEXUAIS...	390
Carolina Goulart	390
Josiane Petry Faria	390
ARTIGOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	399
A (In)Constitucionalidade dos Decretos Autônomos para se Dispor sobre Medidas de Enfrentamento à COVID-19	399
Filipe Andros Brasil Siviero	399
Kauê Ruviaro Vieira	399
ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS: POR QUE UMA ÉTICA DO DISCURSO?.....	415
Marcio Renan Hamel	415
Maria Eduarda Braga Moraes	415
Mediação em empresas familiares	424
Maria Eliza Zanini Martins De Marco	424
Eloisa Aparecida Piran	424
O nepotismo e a nomeação de parentes de parlamentares na Administração Pública	441
Giovani da Silva Corralo	441
Fernanda Rotta Zanella	441
O NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E OS IMPACTOS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS.....	453
Giovani da Silva Corralo	453
Leonardo Tozzo Cominetti	453
UMA ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL PELO VIÉS DO PENSAMENTO DECOLONIAL	468
Luiza Boff Lorenzon	468
Marilaine Moreira de Jesus	468
JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: COMO OS DESENHOS INSTITUCIONAIS PODEM AFETAR O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO	484
Isabelle Klein	484
O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN: ANÁLISE DA TEORIA À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA	499
Isabelle Klein	499
ARTIGOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO.....	513
A viabilidade na aplicação de testamento particular em sistema de sons e imagens	513
Eloisa Aparecida Piran	513

Maria Eliza Zanini Martins de Marco.....	513
DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL: uma análise frente aos necessários avanços tecnológicos na produção agropecuária.....	528
Kelly Elisabete Speth	528
Juliana Marques da Silveira	528
Faena Gall Gófas Meneghetti	528
DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SUSTENTABILIDADE: O SURGIMENTO DAS PATENTES VERDES	543
Alessandra Vanessa Teixeira	543
Nara Suzana Stainr	543
Francine Cansi	543
ARTIGOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA ESPAÇOS VIRTUAIS	564
A desigualdade econômica como fator para a privação de direitos	564
Vitória Piucco	564
Victória Gandolfi Medeiros	564
Karen Beltrame Becker Fritz	564
A moda sustentável x fast fashion: danos ambientais, sociais e trabalho análogo à de escravo	576
Vitória Piucco	576
Roberta de Oliveira Sutel	576
Liton Lanes Pilau Sobrinho	576
A tecnologia em favor da democracia e do meio ambiente.....	590
Vitória Piucco	590
Victória Gandolfi Medeiros	590
Roberta de Oliveira Sutel	590
Liton Lanes Pilau Sobrinho	590
ARTIGOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO	602
Lei nº 13.467/2017: Uma Análise da Influência Neoliberal Sob o Viés do Neoconstitucionalismo	602
Elys Marina Hack	602
Vanessa Ramos Casagrande	602
Franco Scortegagna.....	602
DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA.....	615
Adelcio Molin	615
ARTIGOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	629
AS FRAGILIDADES DO FEDERALISMO BRASILEIRO EXPOSTAS PELO DESASTRE BIOLÓGICO DA COVID-19: A AUSÊNCIA DE MECANISMOS DE CRISE FRENTE AO PROTAGONISMO DO PODER EXECUTIVO	629
Letícia da Fontoura Tomazzetti	629

DIREITO AMBIENTAL E O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS PELOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS	642
Giovani Corralo	642
Victória Tramontini	642
ECOCÍDIO E OS DESAFIOS DA POLÍTICA EXTERNA CONTRA A INTERNACIONALIZAÇÃO DA AMAZÔNIA BRASILEIRA	657
Gabriely Vivian Vieira.....	657
Idionei Oliveira Vieira	657
IMPACTOS ECONÔMICOS AOS COMMODITIES BRASILEIROS PELA PERSPECTIVA AMBIENTAL DO PARLAMENTO EUROPEU: A TEORIA DOS JOGOS COMO SOLUÇÃO AO IMPASSE	670
Gabriely Vivian Vieira.....	670
Idionei Oliveira Vieira	670
O STF, RISCO E COVID-19	685
Bianca Neves de Oliveira.....	685
CASO BRUMADINHO: A MORTE PRESUMIDA E O ATENTADO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA.....	697
Roberta de Oliveira Sutel	697
Flávia Stainr Pires	697
Diana Milene Goltz	697
LEX SPORTIVA E DISCRIMINAÇÃO NA COPA DO MUNDO DO QATAR	710
Gabriel Dil.....	710
Leonel Severo Rocha.....	710
ARTIGOS – GT10 – SEGURANÇA ALIMENTAR	722
O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA (IN) SEGURANÇA ALIMENTAR NA PANDEMIA E (IN) ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO	722
Adriana Aguilhar da Silva	722
Ana Luiza Almeida da Silva	722
Francielle Benini Agne Tybusch	722
ARTIGOS – GT11 – SOCIEDADE, CONFLITO E MOVIMENTOS SOCIAIS	737
A IMPORTÂNCIA DA DISCIPLINA INTEGRADORA PARA COMPREENSÃO DA REALIDADE SOCIAL: PROTAGONISMO ACADÊMICO	737
Thaís Fernanda Silva	737
Patricia Grazziotin Noschang.....	737
Natalia Ferreira Lehmkuhl.....	737
DEZ ANOS DA LEI DE COTAS E EXACERBAÇÃO DO CONSERVADORISMO: UMA REANÁLISE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CONCRETIZADORAS DA IGUALDADE MATERIAL NO ENSINO SUPERIOR	746
Beatriz da Rosa Guimarães	746
Gabriely Vivian Vieira.....	746
Idionei Oliveira Vieira	746

O ENCARCERAMENTO BRASILEIRO NA ATUALIDADE E O MÉTODO APAC COMO MEIO DE ATINGIR A RESSOCIALIZAÇÃO	762
Laura Marschall Morgenstern	762
Francielle Benini Agne Tybusch	762
ARTIGOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TECNOLOGIAS	773
A INFODEMIA E A DESINFORMAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19.....	773
Adriana Aguilhar da Silva.....	773
Ana Luiza Almeida da Silva	773
Francielle Benini Agne Tybusch	773
HOLDING PATRIMONIAL FAMILIAR COMO ALTERNATIVA DE REDUÇÃO DE CUSTOS RELATIVO AO ITCMD POR MEIO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO....	784
Luiza Boff Lorenzon	784
Marilaine Moreira de Jesus	784
Liberdade de expressão <i>versus</i> desinformação	799
Nathália Debiasi Salvi	799
Franco Scortegagna.....	799
Os fatores ESG: environmental, social and governance e a responsabilidade social empresarial	810
Alana Tessaro Vuelma.....	810
Marcio C. Godinho	810
Maira Angélica Dal Conte Tonial	810
SOCIEDADE DA DESINFORMAÇÃO: A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA.....	822
Talissa Truccolo Reato	822
Morgan Stefan Grando.....	822
ARTIGOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO	831
<i>Greenwashing</i> e a venda de Iphone sem carregador: um estudo de caso com foco em decisões judiciais e administrativas proferidas no estado de São Paulo	831
Julia Fátima Gonçalves Torres	831
A (HIPER)VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR MIGRANTE À LUZ DA CODIFICAÇÃO CONSUMERISTA	842
Jovana De Cezaro	842
Nadya Regina Gusella Tonial	842
A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS DE SEGURO NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO SOCIAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	856
Rosane Alves da Luz	856
Nadya Regina Gusella Tonial	856
A Proteção do Consumidor Diante de sua Vulnerabilidade nas Compras e Negociações <i>On-Line</i>	870
Bruno Guareschi Madalosso.....	870

Franco Scortegagna.....	870
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE À PRÁTICA DO UNBOXING	883
Kailaine Tessaro.....	883
Nadya Regina Gusella Tonial	883
A PUBLICIDADE NAS REDES SOCIAIS E O DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR	897
Erica Balbinot	897
Nadya Regina Gusella Tonial	897
A SOCIEDADE DE CONSUMO E A BUSCA DA FELICIDADE NO ATO DE CONSUMIR	911
Ana Clara Cestonaro.....	911
Ana Paula Benelli Ravanello.....	911
Laís Regina Casagrande	911
AS FERRAMENTAS ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO.....	924
Marieli Machado.....	924
DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE PUBLICIDADE ENGANOSA EM COMPRAS PELO E-COMMERCE	937
Bianca Elias Paschoal.....	937
Faena Gall Gófas Meneghetti	937
GREENWASHING: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE CONSUMO E DE INFORMAÇÃO	951
Bruna Dal Molin Lorenzetti.....	951
Nadya Regina Gusella Tonial	951
O DIREITO DE ARREPENDIMENTO COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS ELETRÔNICAS.....	963
Erica Balbinot	963
SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, NOVAS TECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	974
Claudia Denise Vizioli	974
Eduarda Comin	974
Superendividamento: o direito de recomeçar a luz da Lei nº 14.181/21	989
Franciele Engelmann da Silva	989
Franco Scortegagna.....	989
RESUMOS – GT1 – DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE	1008
A APLICAÇÃO DE INCENTIVOS E SANÇÕES PREMIAIS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	1008
Beatriz da Rosa Guimarães	1008
BENEFÍCIOS E EMPRÉSTIMO CONSIGNADO UMA REALIDADE DISTINTA.....	1010
Lara Muniz do Amaral	1010

A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE LIBERDADE E OS IMPACTOS DA EVASÃO E ABANDONO ESCOLAR	1013
Vanessa Ramos Casagrande	1013
ANÁLISE DA VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO MECANISMO DE EFICIÊNCIA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS	1015
Marina Witter Puss	1015
A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PREPOSIÇÃO LEGISLATIVA E DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....	1017
Tamires Kürschner Caspers	1017
APLICABILIDADE DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	1020
Manuela Dalpian Lanzarin	1020
REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DAS COMUNIDADES E POVOS TRADICIONAIS PARA A GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO.	1022
Taísa Cabeda.....	1022
Cássia Gilmara Fraga Chiarello	1022
A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: INSTRUMENTOS EFETIVOS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS?	1024
Micheli Piucco	1024
Clovis Gorczewski.....	1024
RESUMOS – GT2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO	1026
AMERICANO.....	1026
O DIREITO FUNDAMENTAL A ÁGUA E O CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO	1026
João Luis Severo da Cunha Lopes.....	1026
RESUMOS – GT3 – DIREITOS HUMANOS: EFICÁCIA NO PLANO INTERNACIONAL	1035
O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL FRENTE DIRETRIZES INTERNACIONAIS DA ONU	1035
Clovis Gorczewski.....	1035
Micheli Capuano Irigaray	1035
SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL	1037
Greice Busato e Souza	1037
Maira Zenni Carbonera	1037
DIREITOS HUMANOS E O TRÁFICO DE PESSOAS	1039
Beatriz John Kettermann.....	1039
RESUMOS – GT4 – PODER, GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS	1041
16 ANOS DA LEI MARIA DA PENHA.....	1041
Maria Eliza Zanini Martins De Marco	1041
Eloisa Aparecida Piran.....	1041

UMA ANÁLISE DA REPRESENTIVIDADE FEMININA NA ESFERA PÚBLICA A APARTIR DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO	1043
Mariana Mattos Volpi	1043
IGUALDADE DE GÊNERO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO	1046
Cristiane Terezinha Rodrigues	1046
Karen Beltrame Becker Fritz	1046
UMA ANÁLISE DO FEMINISMO E DA FIGURA DA MULHER	1048
Giuliana Dal Bôsko Nascimento	1048
Jodely Kommers de Siqueira	1048
Júlia Battisti Fiorentin	1048
RESUMOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS	1050
RESPOSTA À PERGUNTA “POR QUE UMA ÉTICA DO DISCURSO?”	1050
Maria Eduarda Braga Moraes	1050
Marcio Renan Hamel	1050
HOLDING FAMILIAR E O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO	1052
Alana Tessaro Vuelma.....	1052
Marcio C. Godinho	1052
Taisa Cabeda.....	1052
RESUMOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO	1054
O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS.....	1054
Róger Ribeiro Vieira.....	1054
A QUESTÃO DA FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO EM DEFESA DA SUSTENTABILIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO	1056
Nara Suzana Stainr Pires.....	1056
Pablo Machado de Souza.....	1056
RESUMOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS.....	1059
NOVAS PERSPECTIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL	1059
Sabrina D. Staats	1059
QUEM É DONO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE DIREITO ARTIFICIAL?	1062
Augusto Zanini	1062
Jefferson Passa Folletto.....	1062
Leonardo José Ronssoni	1062
Maira Angélica Dal Conte Tonial	1062
O COMPROMISSO DO DIREITO NA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSHUMANISMO E O PROBLEMA DA SUPERPOPULAÇÃO	1065
Talissa Truccolo Reato	1065
Morgan Stefan Grando.....	1065
RESUMOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO....	1067

DEMOCRACIA AMEAÇADA: UMA ANÁLISE SOBRE O CAMINHO DA VENEZUELA AO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO	1067
Greice Busato e Souza	1067
Maira Zenni Carbonera	1067
ABALOS DEMOCRÁTICOS E RESILIÊNCIA CONSTITUCIONAL	1069
Vanessa Ramos Casagrande	1069
RESUMOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS	1072
GESTÃO SOCIOAMBIENTAL DO RISCO FRENTE À EVENTOS EXTREMOS	1072
Marcela Lima De Lima	1072
Francielle Benini Agne Tybusch	1072
O QUE OS SERIADOS <i>MODERN FAMILY</i> , <i>GRACE AND FRANKIE</i> E <i>UPSHAW</i> PODEM NOS ENSINAR SOBRE DIREITO DAS FAMÍLIAS? UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA	1074
Mariana Galvan dos Santos	1074
A INEFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO FRENTE A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL	1078
Mariana Galvan dos Santos	1078
A CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DA VADIAGEM OU DO NÃO-TRABALHO	1083
Lúcio Mauro Paz Barros	1083
O FUTURO DO DIREITO PENAL: UM NOVO RUMO PARA A ANTIGA JUSTIÇA PUNITIVA	1087
Sabrina Carla Kowalski	1087
Juarez Mercante	1087
RESUMOS – GT12 – DIREITO, GOVERNANÇA E NOVAS TÉCNOLOGIAS	1089
A POTENCIALIZAÇÃO DA ENERGIA DISCRICIONÁRIA DO TRABALHADOR NA EMPRESA REGIDA POR VALORES	1089
Marcio C. Godinho	1089
Maira Angélica Dal Conte Tonial	1089
O desafio da proteção do Migrante frente a Lei nº 13.445/2017	1091
Carla Cartabil Mendes	1091
Dorival Morbach de Aguirra	1091
Jaciele Aparecida Klaus	1091
Franco Scortegagna	1091
RESUMOS – GT13 – RELAÇÕES DE CONSUMO	1094
A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E MEIOS PARA SUA CONSTATAÇÃO	1094
Róger Ribeiro Vieira	1094
Verônica Carlotto Chiossi	1094
Franco Scortegagna	1094
AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A GLOBALIZAÇÃO: CONSUMISMO OU SUSTENTABILIDADE	1097

Bruna Gonçalves do Prado	1097
Stéfani Carolina Muller	1097
Franco Scortegagna.....	1097
A REDE SOCIAL TIKTOK E A EROTIZAÇÃO PRECOCE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR.....	1100
Arthur Mosna.....	1100
Franco Scortegagna.....	1100
A SOCIEDADE CONSUMOCENTRISTA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO	1102
Jovana De Cezaro	1102
LGPD E O CONSENTIMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO	1104
Leonardo José Ronsoni	1104
Franco Scortegagna.....	1104
A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA E A HIPERVULNERABILIDADE DOS IDOSOS NOS MEIOS TECNOLÓGICOS.....	1106
Verônica Carlotto Chiossi.....	1106
Róger Ribeiro Vieira.....	1106
Franco Scortegagna.....	1106
O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS E A TUTELA DE SEUS DIREITOS EM FACE DA (HIPER)VULNERABILIDADE	1108
Diego Nunes.....	1108
3ª do plural: a obsolescência programada e a fragilidade do código de defesa do consumidor para combater esta prática	1110
José Cristiano Santos de Paula.....	1110
Franco Scortegagna.....	1110
O CONSUMO SUSTENTÁVEL NA ERA CONTEMPORÂNEA	1112
Vitória Luiza da Silva.....	1112
Franco Scortegagna.....	1112
Acesso a informação: uma análise do artigo 6º, III do Código do Consumidor	1114
Ariel CorreaSchutz	1114
Franco Scortegagna	1114

APRESENTAÇÃO

O Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito, promoveu nos dias 08, 09, 10 e 11 de novembro de 2022, o VI Congresso Internacional de Jurisdição Constitucional, Democracia e Relações Sociais; VI Mostra de Trabalhos Jurídicos Científicos; XIX Semana Acadêmica Integrada de Direito.

O Congresso visa desenvolver um ambiente de debates acadêmicos e interação acerca da jurisdição constitucional, do papel do Estado na consecução de políticas públicas, da democracia no paradigma do Estado Democrático de Direito sob o prisma de uma teoria dos direitos fundamentais.

O Programa de Apoio a eventos no país da Coordenação de Aperfeiçoamento de pessoal de Nível Superior – CAPES contribui por meio do Programa de Apoio a Eventos no País (PAEP), Edital 06/2022.

A Mostra de Trabalhos Científicos recebeu artigos vinculados a 13 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

Fabíola Wust Zibetti³

Talissa Truccolo Reato⁴

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 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.

⁴ Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (2019/2021). Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2016/2018). Estância de pesquisa (atividades docentes e investigatórias) na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla - Espanha (2017), durante o Mestrado. Especialista em Direito Processual e Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (2009/2014). Professora Universitária no Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: talissareato@upf.com.

ARTIGOS - GT1- DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO E DA ATIVIDADE NOTARIAL E REGISTRAL SOB A ÓTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

*THE CIVIL RESPONSIBILITY OF THE STATE AND OF THE NOTARIAL AND
REGISTRY ACTIVITY FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW*

Victória Gandolfi Medeiros¹

RESUMO

O presente artigo apresenta os aspectos inerentes à responsabilidade civil do Estado e da atividade notarial e registral sob a ótica da teoria da Análise Econômica do Direito. O instituto da AED trata-se de uma forma de interdisciplinaridade entre a economia e o direito, sendo meio potencializador dos efeitos das decisões jurídicas. Tendo em vista que se trata de uma teoria que aplica os conceitos econômicos para examinar os impactos econômicos e ao ser aplicada ao direito pretende-se chegar a soluções jurídicas mais eficientes e justas. A importância desta discussão evidencia-se a partir da análise do Recurso Extraordinário nº 842.846/SC que tramitou no STF, que firmou tese de repercussão geral quanto a responsabilidade do Estado por atos de titulares de cartórios que gerem eventuais danos à terceiros.

PALAVRAS-CHAVE: Atividade notarial e registral. Análise Econômica do Direito. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

This article presents the aspects inherent to the civil liability of the State and notary and registry activity from the perspective of the theory of Economic Analysis of Law. The EAL institute is a form of interdisciplinarity between economics and law, being a means of enhancing the effects of legal decisions. Bearing in mind that it is a theory that applies economic concepts to examine economic impacts and when applied to law, it is intended to arrive at more efficient and fair legal solutions. The importance of this discussion is evident from the analysis of Extraordinary Appeal nº 842.846/SC, which was processed by the STF, which established the thesis of general repercussion regarding the State's responsibility for acts of registry office holders that generate possible damages to third parties.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional. Advogada. victoriagandolfimedeiros@gmail.com.

KEYWORDS: Notarial and registry activity. Economic Analysis of Law. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

As concepções da teoria da análise econômica do direito possibilitam-se promover uma análise dos serviços prestados pelos Notários e Oficiais de Registros e dos efeitos econômicos relacionados, a partir da análise do Recurso Extraordinário 842.846/SC, que trata sobre a responsabilidade civil do Estado e da atividade delegatária notarial e registral.

Dessa forma, abordar-se-ia tanto conceitos jurídicos, bem como conceitos técnicos, tendo em vista que estes irão se complementar para dar sustentação ao ponto em que se pretende chegar, qual seja, analisar e avaliar a adequação, necessidade e eficiência das instituições e serviços públicos e os efeitos econômicos decorrentes da responsabilização civil por eventuais erros cometidos na prestação do serviço notarial e registral.

O Recurso Extraordinário nº 842.846/SC tramitou no Supremo Tribunal Federal, publicado em 13 de agosto do ano de 2019, que trata da responsabilidade civil do Estado e dos serviços notariais e registrais, delegatários de serviço público. Houve no julgamento do referido Recurso Extraordinário discussão a partir de uma perspectiva economicista voltada especialmente ao argumento da responsabilidade civil gerar responsabilidade financeira e econômica para com os lesados por erros cometidos pelas serventias cartorárias.

Além disso, para o estudo que se pretende com o ensaio faz-se necessário interligar a atividade delegatária cartorária, a doutrina jurídica e seus fundamentos de direitos e os efeitos econômicos decorrentes. Esta correlação se dará a partir da análise do julgamento do RE 842.846/SC, que trata do tema da responsabilidade civil do Estado e a função dos notários e registradores.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL NAS ATIVIDADES CARTORÁRIAS

As atividades cartorárias possuem evidente relevância no cotidiano da sociedade de modo geral. Em vista disso, pretende-se pesquisar sua proteção jurídica a partir da Constituição Federativa do Brasil e do ordenamento jurídico vigente, com o objetivo de analisar e entender os parâmetros constitucionais e legais do cabimento de responsabilização civil pelo Estado, em casos de erros cometidos pelas serventias extrajudiciais notariais e registrais.

O sistema cartorário brasileiro está definido na Constituição Federativa do Brasil em seu artigo 236, como um serviço exercido em caráter privado e por delegação do Poder Público. Além disso, a lei regulará suas atividades e disciplinará a responsabilidade civil e criminal dos

oficiais de registro e seus prepostos, ademais definirá a fiscalização de seus atos pelo Poder Judiciário. Define também que a regulamentação ocorrerá por Lei Federal que estabelecerá as normas gerais de fixação de emolumentos relativos aos atos praticados pela atividade cartorária¹.

Além disso, a Constituição Federal² no parágrafo terceiro do artigo 236³ versa sobre o ingresso na atividade notarial e registral, sendo este por meio de concurso público de provas e títulos, não permitindo a vacância de serventia, sem a abertura de concurso de provimento ou de remoção, por tempo maior que seis meses.

À vista da dicção da Carta Magna do Brasil, evidencia-se que o serviço notarial e registral se trata de uma delegação de serviço público à uma pessoa natural, com ingresso mediante concurso público. Dessa forma, o serviço notarial e registral é estatal, mas possui uma natureza privada. A respeito disso, Silva⁴ discorre:

As serventias de notas e de registro público são organismos privados que prestam um serviço público, desempenham uma função pública. E não há nada de extraordinário nisso. Ao contrário, o direito positivo dos países ocidentais acolhe atualmente com significativa generalidade, a possibilidade de que os particulares possam colaborar com a Administração Pública.

Ao analisar a natureza jurídica da atividade percebe-se que as atividades dos registradores e dos notários possuem características típicas do serviço público, sendo assim, a natureza jurídica da atividade é pública. As pessoas naturais que exercem atividades cartorárias são consideradas agentes públicos em colaboração com o Poder Público.

A Lei 8.935/1994, regulamenta o artigo 236 da Constituição Federal, dispõe em seu artigo 22 – redação atualizada pela Lei 13.286/2016 – sobre a responsabilidade subjetiva dos notários e oficiais de registro, sendo que estes responderão civilmente por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos substitutos que designarem ou escreventes que autorizarem, assegurado o direito de regresso⁵.

Há controvérsia doutrinária e jurisprudencial no que tange a responsabilidade do Estado e dos notários e oficiais de registro se desenvolve na dificuldade de enquadrar as serventias extrajudiciárias cartorárias no artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Este dispositivo

¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

² BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

³BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

⁴SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p.874.

⁵BRASIL. **Lei nº 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

constitucional versa sobre a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos e prevê a responsabilização destas pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa⁶.

A Egrégia 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgado proferiu decisão:

Os serviços de registros públicos, cartórios e notariais não detêm personalidade jurídica, de modo que quem responde pelos atos decorrentes dos serviços notariais é o titular do cartório. Logo, o tabelionato não possui legitimidade para figurar como polo ativo⁷.

A nova redação dada ao artigo 22 da Lei nº 8.935/1994, anteriormente citada, oriunda da Lei nº 13.286/2016, superou esta jurisprudência do STJ. Sendo assim, a discussão sobre a responsabilidade civil dos agentes passou-se a ser entendida e reconhecida definitivamente de forma subjetiva⁸.

Entretanto, há o posicionamento majoritário do Supremo Tribunal Federal que entende os registradores e os tabeliães como funcionários públicos, embora o exercício das suas atividades aconteça em caráter privado, de maneira que o Estado responde objetivamente pelos danos causados por eles aos usuários. Neste sentido, estudaremos mais adiante o julgamento do Recurso Extraordinário nº 842.846 SC, com repercussão geral sobre a matéria reconhecida. O referido julgado entende de forma diversa ao disposto no art. 22 da Lei nº 8.935/1994 e ao entendimento do STJ.

As controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais desenvolvem-se a partir da qualidade *sui generis* dos serviços cartorários. Como já mencionado anteriormente, há dificuldade em enquadrar a atividade no artigo 37, § 6º da Constituição Federal. Além disso, percebe-se uma dificuldade de impor responsabilização ao Estado ou aos titulares de cartório, tendo em vista, a remuneração dos titulares de cartório.

Os titulares de cartório percebem, a título de remuneração, os emolumentos cobrados aos usuários pelo serviço prestado, não advindo a remuneração dos cofres públicos. A remuneração distribui-se desta forma pois os notários e registradores arcam com a administração financeira e funcional do cartório. Ou seja, os titulares cartorários são

⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.468.987 - SP. **Aggr no Recurso Especial**. Brasília. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1388367&num_registro=201401746615&data=20150311&peticao_numero=201500046472&formato=PDF. Acesso em: 25 nov. 2022.

⁸ DUARTE, Melissa de Freitas; VALGOI, Gabriele. **Sistema Registral e Notarial Brasileiro**. Porto Alegre: Sagah, 2018. 228 p. p.75.

responsáveis por todas as despesas com colaboradores, locação do imóvel em que está instalado o cartório, materiais de expediente, dentre outros gastos.

Além disso, a Lei nº 8.935/1994 autorizou os tabelionatos a contratar escreventes e auxiliares pelo regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT)⁹, portanto, a responsabilidade pela contratação, treinamento, desempenho das atividades, demissão, bem como, pelo pagamento de verbas rescisórias são, exclusivamente, dos notários e registradores titulares do cartório.

Dessa forma, percebe-se a presença de critérios econômicos que devem ser levados em consideração ao passe da determinação de responsabilidade civil das atividades cartorárias. Nesse sentido, a Teoria da Análise Econômica do Direito mostra-se como meio capaz de auxiliar na pesquisa, através da aplicação de conceitos técnicos e econômicos às questões de direito. A Análise Econômica quando aplicada ao direito possui a finalidade de auxiliar para a tomada de decisões judiciais mais eficientes. Esta correlação se dará a partir da análise do julgamento do RE 842.846/SC, que trata do tema da responsabilidade civil do Estado e a função dos notários e registradores.

2. O RECURSO EXTRAORDINÁRIO Nº 842.846 SC A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

O Recurso Extraordinário nº 842.846 de Santa Catarina, julgado em 27 de fevereiro de 2019, pelo Supremo Tribunal Federal, sob a relatoria do Ministro Luiz Fux, versou sobre a definição de responsabilidade civil objetiva do Estado pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem danos a terceiros.

A tese firmada, no referido recurso extraordinário, pelo STF:

O Estado responde, objetivamente, pelos atos dos tabeliães e registradores oficiais que, no exercício de suas funções, causem dano a terceiros, assentado o dever de regresso contra o responsável, nos casos de dolo ou culpa, sob pena de improbidade administrativa¹⁰.

No decorrer do presente ensaio tratou-se sobre a responsabilidade civil dos notários e registradores oficiais quando causarem danos à terceiros. Percebe-se que com o julgamento do Recurso Extraordinário nº 842.846, as controvérsias quanto ao tema aumentaram no âmbito jurídico.

⁹ BRASIL. **Lei nº 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC**. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

Neste caso específico, a partir da análise do referido recurso percebe-se, que apesar da matéria constar a título de Repercussão Geral, as discussões sobre o tema estejam apenas começando, inclusive em seu voto o Ministro Luís Roberto Barroso: “Eu gostaria de dizer que, em algum lugar do futuro, esse tema vai ter que ser revisitado”, e segue¹¹:

Acredito que, quando no mais das vezes, a responsabilidade do Estado deva ser subjetiva, eventualmente, com a inversão do ônus da prova, porque a grande questão, aqui, é mais o tema do ônus da prova que o tema de culpa ou não culpa. Portanto, não vou fazer o desvio, mas gostaria de deixar consignado que o tema da responsabilidade objetiva do Estado, em todo e qualquer caso, é passível de discussão.

Consolidou-se o entendimento de que a responsabilidade é, portanto, objetiva, direta, primária e solidária. Dessa forma, a pessoa lesada pode optar por mover ação de reparação de danos diretamente contra os Estados, sem a necessidade de comprovar a culpa, ou contra o titular do cartório, cabendo-lhe, nesta hipótese, o ônus da prova da existência de ato culposo praticado pelos notários e registradores oficiais ou seus prepostos¹².

Neste sentido, a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, considerou que a responsabilidade de reparação deixaria o cidadão vulnerável, uma vez que caberia a ele a incumbência de comprovar culpa e dolo da ação do agente. Além disso, em seu voto a Ministra argumenta que não se poderia admitir que o titular de cartório possua todos os bônus e nenhum ônus, neste caso, seria a responsabilização civil. E finaliza “estou mantendo a jurisprudência até agora prevaiente sem fechar as portas para uma reinterpretação possível”.

A tese criada por este julgado, em sede de Repercussão Geral, mostra-se contrário ao estabelecido na nova redação dada ao artigo 22 pela Lei 13.286/2016 que definia a responsabilidade subjetiva dos notários e oficiais de registro por todos os prejuízos que causarem a terceiros, por culpa ou dolo, pessoalmente, pelos seus prepostos, assegurado o direito de regresso

Em vista da possibilidade de reinterpretação e rediscussão sobre o tema, percebe-se pertinente analisarmos a questão sobre o viés econômico neste caso. Uma vez que, conforme referido anteriormente, as peculiaridades da atividade notarial são aspectos fundamentais nesta discussão, inclusive ou principalmente no que tange sobre a remuneração do titular de cartório se dá através dos emolumentos cobrados aos usuários pelo serviço prestado, não advindo dos cofres públicos. Logo, quando a Ministra Carmen Lúcia, em seu voto, sustenta que não poderia

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC**. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹² LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos** – Teoria e Prática. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p.120.

ser admitida a possibilidade de os cartorários receberem somente bônus pela prestação do serviço faz referência a forma remuneratório da classe.

A Análise Econômica do Direito permite que haja a aplicação de conceitos econômicos que visam facilitar a compreensão do direito, sendo assim, um método de complementação ao direito tradicional. O instituto da AED objetiva obter soluções, no âmbito jurídico, eficientes e mais justas¹³. Esta teoria consolidou-se pela a possibilidade de ampliação dos conceitos jurídicos tradicionais, a fim de transcender o conhecimento das normas jurídicas¹⁴.

Na sessão de julgamento do referido Recurso Extraordinário, o Ministro Luís Roberto Barroso posicionou-se no sentido de a importância dos juristas contemporâneos fazerem contas, diferente da ideia que se tinha a tempos atrás¹⁵. Neste apontamento, o Ministro Barroso buscava trazer argumentos sobre a pertinência de se entender o Direito juntamente com a Economia, a fim de avaliar, neste caso, os impactos econômicos de uma decisão jurisdicional.

A Teoria da AED possibilita que a discussão sobre a responsabilidade civil do Estado ou dos tabeliães e oficiais de registro seja mais profunda. Afinal, a definição da responsabilidade civil trará consequências econômicas independentemente da decisão firmada, seja para o Estado ou para os titulares de cartório. Barroso, segue seu apontamento, trazendo as consequências econômicas que a decisão poderá trazer para o Estado e que influenciará de forma negativa no déficit fiscal do Brasil, fato este que ocasionará prejuízos a todos os brasileiros. Conclui ser injusta a decisão de que o Estado deveria seja responsável pelos danos causados pelos cartorários à terceiros, uma vez que o titular de cartório arrecada a receita da atividade. A solução proposta por ele seria a demanda ser proposta contra o cartorário e de forma subsidiária ao Estado¹⁶.

Os aspectos econômicos possuem notável pertinência aplicados a responsabilização civil do Estado e devem ser observados pelo Poder Judiciário. O Poder Judiciário, nos últimos

¹³ DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2ª ed. Salvador: juspovium, 2019.p.172.

¹⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 769 p. Tradução Rachel Sztajn. p. xix.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC**. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC**. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

tempos, desenvolveu-se com maior atenção às consequências das decisões do ponto de vista social, objetivando a percepção da repartição dos prejuízos na sociedade¹⁷.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como escopo o estudo do Recurso Extraordinário nº 842.846/SC, julgado em 27 de fevereiro de 2019, pelo Supremo Tribunal Federal, que versa sobre a responsabilidade civil do Estado por atos de cartórios que gerem eventuais danos à terceiros.

No curso do presente ensaio, discorreu-se sobre a definição, formas de provimento e ingresso e natureza jurídica da atividade cartorária no ordenamento jurídico brasileiro vigente, em especial ao Artigo 236 da Constituição Federativa do Brasil. Além disso, analisou-se a definição da responsabilidade civil dos tabeliães e oficiais de registro conforme disposto no artigo 22 da Lei nº 13.286/2016, que dispõe sobre a responsabilidade subjetiva dos titulares de cartório. Além dos posicionamentos jurisprudenciais e doutrinários sobre o tema e suas divergências.

As divergências de disposições quanto ao tema no âmbito jurídico brasileiro mostram-se notórias, assim como a discussão, análise e estudo mostra-se pertinente e fundamental para que possa se chegar a um consenso. A discussão que neste ensaio objetivou-se analisar mostrou-se fundamental para a segurança jurídica sobre o tema. Uma vez que a tese firmada pelo STF diverge de lei, ainda que em repercussão geral cria um clima de insegurança jurídica. Ao mesmo passe que a própria corte suprema brasileira explana no julgado a possibilidade de rediscussão da matéria em momento futuro.

Os votos dos Ministros do STF, no Recurso Extraordinário objeto de análise, demonstraram as possibilidades e as consequências da decisão que tomariam naquela situação. O Min. Luís Roberto Barroso trouxe aspectos econômicos fundamentais para a tomada de decisão neste caso e salientou a importância da aplicação dos conceitos da economia no âmbito jurídico e, em especial, as tomadas de decisão pelo Poder Judiciário.

Desta forma, evidenciou-se a aplicação da teoria da Análise Econômica do Direito e a sua importância, uma vez que este instituto se trata da análise interdisciplinar, entre direito e economia, para a tomada de decisões mais eficientes e seguras. A observância da AED mostrou-se fundamental nos dias atuais, tendo em vista que os próprios profissionais do direito ampliaram

¹⁷ SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil**: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. São Paulo: Atlas, 2007.p.126.

a visão para observar, também, as consequências das decisões tomadas pelo Poder Judiciário no âmbito fático e social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.935**, de 18 de novembro de 1994. Brasília. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8935.htm. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.468.987 - SP. **Aggr no Recurso Especial**. Brasília. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1388367&num_registro=201401746615&data=20150311&peticao_numero=201500046472&formato=PDF. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). **Recurso Extraordinário (RE) 842.846/SC**. Repercussão Geral. Relator: Min. Luiz Fux, 27 fev. 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=279949380&tipoApp=.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2ª ed. Salvador: Juspovium, 2019.

DUARTE, Melissa de Freitas; VALGOI, Gabriele. **Sistema Registral e Notarial Brasileiro**. Porto Alegre: Sagah, 2018. 228 p.

LOUREIRO, Luiz Guilherme. **Registros Públicos – Teoria e Prática**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 769 p. Tradução Rachel Sztajn.

SCHREIBER, Anderson. **Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos**. São Paulo: Atlas, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Comentário Contextual à Constituição**. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO EM EXEMPLOS PRÁTICOS

EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EJEMPLOS PRÁCTICOS

Marlon Adriano Balbon Taborda¹

Carlos Afonso Rigo Santin²

RESUMO

A sociedade sempre teve formas de solução de conflitos ao longo de sua história, e tal agir se evoluiu gradativamente em decorrência justamente da forma racional adotada pelo homem moderno, ao passo que, se bem observado, sempre houve um cunho patrimonial ou econômico como fim em si mesmo desde as relações materiais dos cidadãos, assim como também quando do conflito e litígio estatal por meio do processo, e é com tal forma de abordagem que a ciência jurídica se vale da análise econômica do direito para tornar mais prática a resolução, já que ela é mais evoluída e mais atual que o próprio direito, de modo que, assim, instrumentaliza por meio de várias formas e estratégias, inclusive por meio de mensurações que decorrem de instrumentos legais, se chega a uma decisão desde o âmbito pessoal ao agir estatal. Dentre essas estratégias, revela-se a Teoria dos jogos como uma ferramenta crucial à Análise Econômica do Direito e da própria tomada de decisões, revelando-se através da identificação do “equilíbrio de Nash”, qual a escolha de estratégia se faz mais relevante em uma tomada de decisões.

PALAVRAS-CHAVE: Direito. Análise Econômica do Direito.

RESUMEN

La sociedad siempre ha tenido formas de resolver los conflictos a lo largo de su historia, y tal acción ha ido evolucionando como consecuencia de la forma racional adoptada por el hombre moderno, mientras que, bien observada, siempre ha tenido *como* fin un carácter patrimonial o económico en sí mismo de las relaciones materiales de los ciudadanos, así como cuando el conflicto y el estado litigan a través del proceso, y es con tal forma de enfoque que la ciencia jurídica se sirve del análisis económico del derecho para hacer más práctica la resolución, ya que que es más evolucionado y más actual que la propia ley, por lo que, así, se instrumentaliza a través de diversas formas y estrategias, incluso a través de medidas que resultan de

¹Bacharel em Direito pela Universidade da Região da Campanha de São Gabriel/RS, Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Franciscana de Santa Maria/RS, Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil, Advogado; Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1648809159618620> E-mail: dr.marlonbalbon@gmail.com

²Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2005); advogado inscrito na OABRS 64193 (2005); especialista em direito processual civil pelo Instituto Meridional – IMED (2008); Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2022); Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0238077864917585> E-mail: carloasantin@razaoinfo.com.br

instrumentos jurídicos, se llega a una decisión desde el ámbito personal al actuar de titularidad estatal. Entre estas estrategias, la Teoría de Juegos se revela como una herramienta crucial para el Análisis Económico del Derecho y la propia toma de decisiones, revelándose a través de la identificación del “equilibrio de Nash”, cuya elección de estrategia cobra mayor relevancia en una toma de decisiones.

PALABRAS LLAVE: Derecho. Análisis Económico del Derecho.

INTRODUÇÃO

O Direito sempre se fez por meio de construções sociais, se adaptando e se tornando mais apto a atender às expectativas sociais cada vez mais plurais e complexas, de modo que, para tal mister no atendimento dos anseios sociais faz uso de outras ciências para a boa resolução dos conflitos.

Assim, dentro da leitura racional moderna de que todos os bens sociais tem valor, operou-se um processo em que o direito culminou por fazer uso de uma base científica que tem por base noções coerentes de hipóteses que são precisas, e é justamente na ciência da economia que isto acontece, através da análise econômica do direito.

Mas daí surge a pergunta: O que é a análise econômica de direito? Como conceito de nomenclatura é algo diferente. Talvez não se use muito tal identificação, e de fato ela não é muito comum e nem usual no dia a dia, mas ela em variadas situações do cotidiano, e são usados seus princípios como base, e tais podem ser identificadas naturalmente de forma intrínseca e instintivamente dentro de vários processos, desde condutas sociais de relações materiais de uma simples compra, até mesmo de ordem legal quanto à aplicação de penas, e até mesmo como instrumentos processuais por meio das mais variadas instituições que fazem parte deste acervo de relações e de soluções de controvérsias.

E aí adentra o fato de que os humanos tem que ter, e de fato têm regras de conduta, pois são seres racionais, claro que eventuais fatos até podem estar fora dos fatos econômicos, pois instituições explicam que de fato há regras de conduta que são formais ou informais, e quem dita isto são as instituições, as quais podem ser regras do conjunto de hábitos ao mesmo tempo, e isto depende do local, da região, do estado da federação, sobretudo entre países, as quais as instituições tem regras distintas e até mesmo antagônicas muitas vezes, e dentro de uma lógica esta regra se torna senso comum.

Superado isto, é fato que o ser humano tem poder de decisão, mas não tem condição cognitiva a todas as opções, e toda a base operacional para tomar todo o tipo de decisão, e isto é racionalidade limitada, de modo que não somos entes puramente racionais, já que não são os

humanos supercomputadores para ter decisões óticas, estamos sempre em assimetria de informação, pois é fato que não lembramos de tudo que já vivemos, e, neste sistema de pesos e contrapesos entra inclusive a lógica do consumidor que faz análise econômica de Direito ao comprar, pois se recorre a uma base informacional para a tomada de decisões, o mesmo também ocorre nos contratos como efeito no direito em que também a AED se contempla e participa, e às vezes se tomam inclusive decisões ilógicas, pois se sabe que as pessoas, por exemplo, nem leem os termos que estão pactuando, assinam sem ler, em épocas de imersão na tecnologia clicam sem ler na era dos aplicativos de celulares na ponta dos dedos, e quando há maior segurança e previsibilidade, e quando às regras do jogo ser claras, nós temos uma situação que vai gerar maior bem estar e maior desenvolvimento, e são as instituições que vão dizer o que vão e não vão fazer.

A este passo, sob o enfoque de segurança, previsão, regras a serem seguidas, há a questão da pena, já que há uma instituição que está responsável de fiscalizar os atos e aplicar sanção, inclusive para que se mantenha o Estado de Bem Estar Social, de tal que foi este um grande passo para que o ser humano passasse de uma situação de escassez e passasse ter uma base de recursos, e as instituições vem desses elementos, sendo fato que existem regras escritas e não escritas. Constituições são escritas, e se elas vão realmente suprir as expectativas por ser uma constituição dirigente, isto é, outro tema a se abordar, mas o bom da evolução é que elas estão lá e escritas, pois assim estando asseguram direitos, mesmo que não respeitados na sua plenitude.

O que se quer alinhar como pensamento é que se tem que pensar que este conjunto de regras vão estar ligadas à questão de desenvolvimento conforme tal, pois se forem observar estas instituições ao longo do tempo, se nota que as instituições vão mudando, e dentro deste conjunto de mudanças é que os economistas tentam simplificar para os tributaristas, que normalmente são Advogados, os quais atuam diretamente na questão vinculada ao direito e com a base econômica, e por isso que a análise econômica do direito importa para bem manejar o sistema jurídico material e processual.

Assim, se quer dar a ideia de que quem acaba regrando não é só o Estado, mas também as instituições mais diretamente relacionadas, claro que o Estado com as suas funções clássicas acaba abarcando praticamente a maioria dos regramentos, mas tem que lembrar existem as regras do jogo, bem ressaltada e explicada na Teoria dos Jogos, sendo fato que há uma nova forma em que o Direito e Economia estão atuando de forma muito conjunta, seja quanto às regras do próprio mercado, seja nas relações sociais, materiais, legais e processuais, e é sobre alguns destes enfoques que se quer aqui expor.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO COMO FERRAMENTA JURÍDICA

A partir de tal premissa constante da exposição introdutória, se pode afirmar categoricamente que tal forma de abordagem remete a justamente fazer o elo de ligação entre uma ciência e outra, sendo o direito como uma ciência maior, faz uso de uma ciência mais específica que é a economia, tudo para que possa ser compreendido justamente o aspecto econômico do próprio direito.

A análise econômica do direito ela se expandiu de tal forma que acabou adentrando a várias áreas mais tradicionais do direito desde contratos na questão civil, comercial, empresarial, consumerista, também no Direito Penal, Processual Penal também no Direito Constitucional, sendo que quanto a esse Direito há referência de que o uso mais comum teve como início nos Estados Unidos ao início da década dos anos 1990 do século XX³.

Mas como referir na prática essa situação? As empresas, em razão de um sistema de normas cogentes, adotam maiores precauções, fazendo uso e aplicação de um critério protetivo mais excessivo, ou até mesmo o inverso no que se refere uma eventual insuficiência quanto à lei no que se refere a torná-las responsáveis por danos aos consumidores. Também é mensurada a questão de penas que sirvam para ser consideradas mais duras de forma prevenir crimes violentos.

Na amplitude de estudos em análise econômica do direito também houve abordagem vinculadas até quanto a dividir o legislativo em duas casas possa vir a aumentar ou diminuir o poder discricionário dos tribunais, e a economia mudou a natureza da ciência jurídica de compreensão das regras.

No final da década de 1990 havia profissionais do Direito e da Economia em vários continentes, na Ásia, na Europa, nas Américas e na Austrália, e isso fez com que o campo recebesse o mais alto nível de reconhecimento, inclusive com prêmios Nobel de Economia, os quais ajudaram a fundar uma análise econômica do direito.

Sobre tal aspecto, Ronald Coase e Gary Becker, e teve também um professor então da faculdade de Yale, de nome Bruce Ackerman que trouxe uma concepção de abordagem, descrevendo-a como "*o mais importante desenvolvimento da ciência jurídica do século 20*"⁴, e isso impactou tanto nas universidades que acabou se estendendo a prática do direito à implementação de políticas públicas.

³COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560 p. p. 23.

⁴COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560 p. p.24.

De tal situação desencadeou-se abordagens em várias situações fáticas, que vão desde o preço das rotas de aviões, de caminhões e ferrovias, também no que tange e se refere à geração de energia elétrica, e todas foram derivadas de análises específicas na prática de cotejo propriamente dito entre direito e economia para fins de políticas de consumo e investimentos públicos quando surgiu tal instituto de apoio e ferramenta prática.

Ainda, a economia construiu uma força intelectual muito forte na questão que por muito tempo constou na mídia americana, e isto há de ser lembrado quanto ao tema do direito antitruste nos Estados Unidos, e tal foi utilizado como critério para reformar sentenças penais para que o direito alcançasse o resultado almejado. No Brasil, houve um processo institucional parecido com as empresas em que foram envolvidos nos escândalos de corrupção vinculados à denominada “Operação Lava Jato”.

Mas o que vem a ser a Análise Econômica do Direito e por que ela teve um sucesso tão grande nos Estados Unidos? A resposta vem no aspecto de que encontrou um nicho vago na *"Ecologia intelectual"*⁵ do próprio direito e para explicar este nicho se faz uso de uma definição clássica da Lei: *"uma lei é uma obrigação apoiada por uma sanção estatal"*.

Nota-se aqui uma perspectiva pelo aspecto Kelseniano, na alusão a Hans Kelsen, isto porque coloca em evidência uma análise vinculada à sanção e lei que o ampare, e como todos sabem é algo que Hans Kelsen refere na sua Teoria Pura do Direito, e que se refere também para que não se fique tão somente adstritos de forma pragmática ao tema, de modo que com tal cotejo fica fácil perceber de como o Direito é amplo quanto no uso das demais ciências para lhe auxiliar na boa solução pacífica do fato social.

E então, como a sanção vai acabar afetando o comportamento na questão prática, pode se dizer que tem que ter indenizações punitivas que são impostas aos fabricantes de produtos defeituosos, e aqui temos o direito do consumidor, sendo que já na década dos anos 1960 juristas responderam a perguntas, e responderam automaticamente à questão de ser necessário diminuir a delinquência no que se refere ao respeitar a lei para que se tenha uma segurança de preço de produto no futuro, e aqui se tem referência à lei e à sanção, vinculada a Hans Kelsen.

É fato de que a economia proporcionou uma teoria científica para prever os efeitos das sanções legais sobre o comportamento, e ela se aplica de forma multidisciplinar e em vários segmentos jurídicos e sociais, e se aderiu de tal forma no modo de viver que hoje se passa até mesmo desapercibido no que se refere ao agir em capacidade inconsciente de escolhas.

⁵ COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560 p. p.25.

Para os economistas as sanções se assemelham aos preços, e as pessoas reagem muito às sanções, e pode ser exemplificada a questão de valores de multa de trânsito, que, evidentemente tem um critério penalizador de sanção, e que invariavelmente acabam tendo que ser pagas em um decurso de tempo, e aí adentra o alterar as condutas das pessoas, as quais, ante ao valor da penalidade passam a não praticar ou não cometer eventuais situações, o que assim o fazem justa e especificamente em razão do conteúdo econômico envolvido, é o típico do jargão popular em que: "*quando dói no bolso, se respeita!*", já que as pessoas reagem às sanções legais mais duras praticando menos a atividade sancionada, de modo que, as pessoas respeitam o limite de velocidade em controladores de trânsito, para que não recebam a multa passados alguns dias.

A Análise Econômica também se aplica em situações em que o fabricante tenha que saber que o seu produto não vai ferir consumidores, primando pela segurança e não somente maximize os lucros. Esta resposta depende de custos, desde custos efetivos para tornar o produto mais seguro, que vão desde lançar expressamente advertência aos usuários quanto ao deter algum critério de perigo, e aí adentra a questão do "preço implícito" que é uma questão vinculada à responsabilidade jurídica do fabricante, já que a responsabilidade é uma sanção imposta por eventuais danos que possam ser causados, e o custo da segurança é um custo implícito de acidentes.

A economia fornece ao direito uma teoria comportamental que afeta as relações e modos de agir, prevendo como as pessoas vão reagir às próprias leis, esta teoria se baseia de como as pessoas reagem também a incentivos, e sob este ponto da história da ciência social a economia é parte da ciência comportamental tida como mais útil ao direito, modernamente falando, já que em tempos remotos não havia teoria que tenha sido explicada nesta questão comportamental com o direito.

Ademais, além de uma teoria científica do comportamento, a economia forneceu também um motivo útil para avaliar o direito e as políticas públicas, que são instrumentos para atingir objetivos sociais importantes, seja no aspecto das questões orçamentárias que se vinculam a atuação do Poder Executivo, assim como também no que se refere aos próprios juízes e outras fontes de legisladores que precisam ter um método para avaliar os efeitos das leis sobre valores sociais importantes.

Em exemplos práticos, e que se vincula a ações judiciais coletivas ou individuais, e que certamente um julgador de um Tribunal de recurso, ou Instância excepcional, e que no caso do Brasil vem a ser o STJ ou STF é que certamente se analisa a questão de como é que se impacta orçamentariamente a questão em uma ação individual, fazendo uma análise da situação sob o ponto de vista de um reflexo econômico, a pergunta que certamente ele se faz é: Qual o impacto

de tal decisão? E também assim o faz com mais critério em uma ação coletiva que possa impactar os cofres públicos, porque certamente quando for julgar é contextualizado economicamente no direito, e certamente o interpretará sob o ponto de vista econômico de qual seria efeito reflexo econômico que tal decisão para os cofres do erário público, e isto é muito comum ações previdenciárias de ações coletivas que são perdidas por cidadãos, e muitas ações individuais, depois, acabam sendo objetos de sobrestamento e ulterior indeferimento, e se diz isso porque efetivamente não poucos são os casos em que situações como esta são objetos de debate desde conversas em gabinete dos Tribunais, escritórios de Advocacia, assim como também academicamente, e nota-se que o efeito reflexo que isso pode ter como resultado uma evidente supressão de um Direito de Garantia Fundamental Constitucional expressa e propriamente dita, já que acaba tendo uma relação direta com eficiência e eficácia destes direitos, ainda mais no que se refere justamente à definição das políticas a serem aplicadas, inclusive porque as autoridades públicas, publicamente nunca defendem o desperdício de dinheiro, mesmo que elas inclusive custem caro para o próprio Estado ou administração pública no que se refere ao que lhes é pago.

Já no aspecto privado, geralmente se fala em lucros, e esta maximização dos lucros na versão de análise econômica se equipara e se enquadra como eficiência, inclusive porque o direito pode restringir atividades, seja através de leis que abranjam as atividades empresariais, seja com a inclusão de delitos civis, também tipos criminais que possam ter como objetos de conduta o setor privado, e a questão da apropriação indébita previdenciária, que é uma aplicação de lei penal por ato civil na gestão de uma empresa privada é exemplo disso, e tal obviamente decorre de uma leitura econômica na aplicação do Direito Penal Empresarial, que antes era chamado de Direito Comercial, pois houve a criação específica de um tipo penal aplicável a uma atuação civil empresarial da relação de emprego, seja ela qual for e que envolve questões previdenciárias.

Às vezes essas previsões jurídicas são necessárias para assegurar justamente que as transações sejam voluntárias, já que o furto precisa ser desestimulado, o intercâmbio precisa ser incentivado. Ainda, na importação se analisa se há "eficiência social" de uma transação comercial, se ela é importante, e ela vem neste sistema de coerção/sanção, por meio de um sistema jurídico que mantenha a lucratividade da empresa e o bem-estar do povo, alinhados, pois as pessoas que buscam o lucro também se beneficiam a si e ao público destino do produto ou serviço.

Importante também a questão de que as "transações" designam os negócios, e "regulamentação" se refere justamente as restrições jurídicas, e o litígio ou o procedimento, incluído o processo judicial é que vai resolver as questões por meio de julgamentos, e aí adentra

a análise dos juristas do que se refere o viés econômico, pois quando as partes não conseguem evitar discordâncias, resolve-se com eficiência, poupando-se recursos através de uma análise econômica para saber se este litígio será rentável ou dispendioso, inclusive quanto aos seus efeitos externos, e pode ser utilizada a análise econômica da controvérsia de forma prática na análise da resolução do conflito, também para aumentar os lucros em uma transação para ela ser amistosa, e a economia, por meio da análise econômica do direito, prevê os efeitos dessas políticas também no que se refere a como vai se dar a resolução do litígio, mais valendo um bom acordo do que um mau negócio.

Também os tribunais atuam para resolver conflitos, e muitas das vezes as próprias normas estabelecidas funcionam de forma a distribuir o prejuízo, pois existem meios menos dispendiosos de solução do litígio, no qual prepondera uma análise econômica, ao exemplo da mediação, tudo para que se possa, ou ter uma solução menos morosa, ou até mesmo de diluir os prejuízos, de modo que as partes envolvidas no procedimento possam racionar os custos do próprio litígio e ultimando ele de forma mais rápida a fim de que, economicamente, seja aplicada a solução em vez de o tribunal aplicar a responsabilidade unicamente para um, e isto pode ser considerado como nas regras do jogo, suportável por ambas as partes, e estes são princípios que vão se aplicar gerando efeitos benéficos juridicamente na decisão em prol das partes envolvidas, e até mesmo da sociedade.

Da mesma forma, também é impactada pela análise econômica do direito a questão da distribuição de renda e riqueza, e isto é algo que os economistas entendem bem, e aí adentra a questão de como as leis afetam a distribuição de renda, seja por meio da riqueza entre as classes e os grupos, sejam estes grupos nações ou entes privados.

Na seara dos exemplos, há a análise econômica do direito em vários artigos de lei para instrumentos na resolução de conflitos, podendo se citar desde o valor da causa em uma ação judicial ser requisito para a própria petição inicial, conforme preceitua o Art. 319, V, CPC⁶, pois toda a causa deve ter um valor certo, inclusive nas ações de dano moral, a qual o próprio réu também pode fazer uso de uma análise econômica do direito em sua defesa e alegar eventual incorreção no valor da causa, conforme Art. 337, III, CPC.

A análise econômica do direito está tão presente como ferramenta de solução de controvérsias e litígios que o próprio Estado-Juiz tem poder de analisar a correspondência patrimonial em discussão no processo, ao analisar o “*proveito econômico*”, com o caso do Art. 292, §3º, CPC, assim como outros instrumentos econômicos que se constata do mesmo diploma da seguinte forma:

⁶BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

Art. 292. O valor da causa constará da petição inicial ou da reconvenção e será:

I - na ação de cobrança de dívida, a soma monetariamente corrigida do principal, dos juros de mora vencidos e de outras penalidades, se houver, até a data de propositura da ação;

II - na ação que tiver por objeto a existência, a validade, o cumprimento, a modificação, a resolução, a rescisão ou a rescisão de ato jurídico, o valor do ato ou o de sua parte controvertida;

III - na ação de alimentos, a soma de 12 (doze) prestações mensais pedidas pelo autor;

IV - na ação de divisão, de demarcação e de reivindicação, o valor de avaliação da área ou do bem objeto do pedido;

V - na ação indenizatória, inclusive a fundada em dano moral, o valor pretendido;

VI - na ação em que há cumulação de pedidos, a quantia correspondente à soma dos valores de todos eles;

VII - na ação em que os pedidos são alternativos, o de maior valor;

VIII - na ação em que houver pedido subsidiário, o valor do pedido principal.

§ 1º Quando se pedirem prestações vencidas e vincendas, considerar-se-á o valor de umas e outras.

§ 2º O valor das prestações vincendas será igual a uma prestação anual, se a obrigação for por tempo indeterminado ou por tempo superior a 1 (um) ano, e, se por tempo inferior, será igual à soma das prestações.

§ 3º O juiz corrigirá, de ofício e por arbitramento, o valor da causa quando verificar que não corresponde ao conteúdo patrimonial em discussão ou ao proveito econômico perseguido pelo autor, caso em que se procederá ao recolhimento das custas correspondentes.

Outro exemplo que representa a aplicação prática e direta da análise econômica do direito é a aplicação de pena aos gestores de empresas que possam vir a se apropriar de algum dinheiro de empregado, e isto inclusive já existe no ordenamento jurídico pátrio brasileiro, através do artigo 168-A do Código Penal, artigo de lei de certa forma inovador, e que em seu bojo tem uma manifesta análise econômica do direito com força de coerção letal e estatal sancionadora, conforme retro referido:

Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Nota-se que o agente que pratica o delito tem como aplicação uma sanção penal prevista com o efeito sobre o comportamento de gestão econômica, tudo isso dentro de uma circunstância de análise social penal para que possa ser diminuída a proporção na prática delituosa, de modo se ter aumento no recolhimento tributário e econômico respectivo em prol do Estado, e isto é um aspecto bastante importante da análise econômica porque o Estado atua em tais situações previamente fiscalizando, por meio de auditores, que são fiscais na tributação, com inspeções, e até mesmo as polícias e os promotores de justiça ou procuradores da república

atuam em ações como estas, as quais custam caro ao Estado, e que funcionam de forma direta perante os atuantes nas instituições, todos muito bem remunerados.

A multidisciplinaridade da análise econômica do direito é importante porque ela traz uma compreensão mais técnica da economia para o direito, e é exatamente este princípio que pode fazer com que interesse às questões de políticas públicas, pois em primeiro momento a economia era vista como algo privado, longe e distante do jurídico, e ela foi interagindo e agora é considerada a ciência mais importante ao direito que acabou sendo uma provedora de justiça, instrumento tão importante que dá a exatidão que a norma precisa, e que se conforme os exemplos retro referidos de leis incentivam uma mudança de comportamento material e processual, inclusive procedimental na busca solução ao fato social, tanto entre as partes como para com o Estado, e isto faz com que se formem condutas de agir de regimes jurídicos que tenham uma previsão de estabilidade social, e isso é muito importante no aspecto de que traz qualidade de vida e diferencia inclusive um desempenho econômico para o Estado que aplica tais princípios de forma expressa, e tal é uma virtude importante e possível porque deriva da análise econômica do direito, complexa uma primeira análise, mas que se demonstra muito importante quando bem articulada para que o bem-estar social seja algo a ser aplicado de forma ampla e irrestrita a todos os membros da população e sociedade civil organizada, inclusive porque esta é uma realidade que a economia busca no bem de dentro das pessoas.

Ainda, pensadores modernos já colocam inclusive a questão da análise econômica do direito como importante na perfectibilização da democracia, e, sendo ela com um conceito móvel, é a economia a mola propulsora para estabilizar a democracia e até mesmo evitar revoluções, já que elas podem ser vetores para manifestações, inclusive de protesto que podem indicar um modo de agir social, e que os cidadãos utilizem da própria economia como fundamento para que atue por meio de um papel importante. A economia é justamente um dos aspectos que envolvem a própria governança, manifestos populares ocorrem quando a economia não vai bem, e a análise econômica do direito adentra nesta questão de forma muito mais forte que simplesmente disciplinar, mas sim interdisciplinar da leitura jurídica e social propriamente dita – governar é gerir sistemas, sistemas jurídicos, sistemas de emaranhados legais, sistemas econômicos, sistemas pluralmente sociais, especialmente social na questão do bem-estar que o Estado tem que prestar, pois se ela não vai bem, invariavelmente a democracia também não vai bem.

A ética do progresso e da democracia refere que na crise da modernidade a economia trouxe fatores que são existentes, porque a economia representa um dos seus múltiplos componentes da própria democracia, e que condiciona determinadas situações políticas econômicas, e nas décadas de 1970 e 1980 está combinação de fatores do desenvolvimento e

consumismo com a difusão das comunicações abriu a sociedade à participação coletiva como é nos dias de hoje.

Também pode ser dito que na economia tradicional, o capital tem uma forma concreta bem visível, e ele foi o primeiro elemento da nova fase econômica em que é justamente o capital o cerne e alicerce na análise do direito. Existe a circulação de riquezas no ato de consumir, também neste atual reino puramente virtual, onde economias giram eletronicamente, e o cerne da questão continua sendo a forma pela qual possa haver um bom gerir estatal através da boa economia que faça a análise como base no sistema jurídico – a AED, e mesmo que não haja equilíbrio perfeito, continua a economia a ser o instrumento mais adequado no nosso tempo para que não se possa destoar do que é ela mesma. A economia se coloca como o pêndulo e mola propulsora do equilíbrio com repercussão imediata na democracia dos Estados quando bem aplicada no sistema de Direito, inclusive porque o consumismo consegue impor igualdades e também desigualdade entre os homens, muito mais que as leis ou revoluções, e de nada adiantaria sermos iguais no papel se bastam restrições econômicas para nos colocar como vítimas de uma crise econômica, ficando assim isolados em um futuro incerto.

2. A TEORIA DOS JOGOS ENQUANTO FERRAMENTA DA AED, O DILEMA DO PRISIONEIRO E O EQUILÍBRIO DE NASH

Demonstrada a aplicação prática da AED enquanto ferramenta jurídica, a teoria dos jogos proposta por John Von Neumann⁷ se mostra perfeitamente adequada à realização dessa análise e se apresenta como o instrumento perfeito para demonstração e embasamento da tomada de decisões críticas.

Para compreensão do disposto, é necessário compreender o que é a Teoria dos jogos no sentido aqui apresentado. Trata-se de uma teoria matemática criada com o intuito de modelar diversos cenários possíveis entre 02 ou mais agentes e com base nas diversas possibilidades previstas resultantes do cruzamento de informações, tomar uma decisão mais acertada.

Simplificando e apresentando o conceito, na prática é uma teoria cuja finalidade é analisar diversos cenários possíveis e prever a escolha mais acertada, ou mais provável de obtenção de um resultado desejável.

⁷SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO, Larissa Santana. **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM: Universidade Federal da Bahia. p. 1-62, out. 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

A teoria que é fundamentalmente matemática recebe o nome de teoria dos jogos, pois se assemelha nesse sentido, a um jogador de determinado esporte ou jogo, que tenta antever os movimentos de seu adversário por ordem de escolher a melhor estratégia para derrotá-lo.

Seja o futebolista: defensor que tenta descobrir o movimento do atacante para tomar-lhe a bola ou o atacante que tenta antever qual será o “bote” do defensor para sobrepujá-lo; seja o jogador de poker, que tenta “ler” todo o cenário disponível e assim, dentro do que é possível, desvendar a mão do adversário ou identificar fraquezas para oportunamente utilizar estratégias mais agressivas de blefes e obter vantagens; ou ainda, seja o jogador de xadrez, que tenta criar armadilhas e escapar daquelas feitas pelo oponente, antecipando escolhas mais prováveis de estratégias e movimentos futuros através da observação das informações disponíveis.

Como se percebe, a aplicação da teoria dos jogos vai muito além dos jogos em si, e se faz presente em praticamente toda atividade humana, que vai desde escolhas aparentemente inconscientes como “gostar” ou “não gostar” de alguém à primeira vista; até escolhas significativas e profundas, como a profissão, hora de casar e ter filhos, a compra de imóveis, e investimentos para realizar.

E não para no âmbito pessoal, as empresas lidam com a teoria dos jogos diariamente. As escolhas de investimento em determinado meio de propaganda, publicidade ou ações de marketing; as escolhas de produtos e suas variedades e como se relacionam com determinado público alvo; tudo na intenção de obter alguma vantagem estratégica através da análise dos diversos cenários possíveis e verificação do resultado desejado.

Por esta razão, a teoria dos jogos é ferramenta essencial à Economia e por conseguinte, à AED. A possibilidade de previsão de qual tomada de decisões será a mais acertada diante de um cenário múltiplo é um recurso inestimável para quem busca efetividade e acerto no desenvolvimento de sua atividade, e a inter-relação havida entre a Teoria dos jogos enquanto ferramenta da AED e sua aplicação no direito encontra-se o que é conhecido como: o dilema do prisioneiro.

O dilema do prisioneiro retrata uma situação hipotética, onde 02 pessoas são presas cada uma por um crime distinto, mas que em algum momento colaboraram entre si para o cometimento de um outro crime, pelo qual, ainda não respondem e tão pouco existem provas. No dilema do prisioneiro, é ofertado a eles separada e individualmente, 04 opções, as quais, cada um sabe que será ofertado ao outro: cada um pode escolher entre confessar ou negar o crime. Se nenhum deles confessar, ambos sofrerão condenação de 1 ano. Se os dois confessarem, então ambos serão condenados à pena de 5 anos. Mas se um confessar e o outro negar, àquele que confessou será libertado e o outro será condenado a 10 anos de prisão. Essa escolha apresenta então os seguintes cenários possíveis:

		Preso 01	
		confessar	negar
Preso 02	confessar	$(-5, -5)$	$(0, -10)$
	negar	$(-10, 0)$	$(-1, -1)$

Como pode-se ver, a melhor opção para o caso, seria AMBOS NEGAREM, e assim, sairiam ambos em 01 ano. Contudo, essa estratégia revela um problema crítico, que acaso o outro preso venha a confessar, então o resultado seria a pior estratégia possível, resultando em 10 anos.

Assim, para solução do imbróglio, fala-se em ESTRATÉGIA DOMINANTE e DOMINADA. Como se vê, a estratégia dominante tanto para o preso 01 quanto para o preso 02, é confessar; pois no pior dos casos, a pena será no máximo de 05 anos, e no melhor dos casos, 0 anos; enquanto se negar, poderá ser penalizado com máximo de 10 anos, e mínimo de 01 ano. Logo, em uma escolha racional, ambos devem escolher a estratégia dominante, e assim, atingir o que em conceito matemático, estabeleceu-se enquanto O EQUILÍBRIO DE NASH, que no exemplo acima, seria exatamente ambos confessarem, obtendo como resultado a pena de 05 anos.

O exemplo acima pode ser extrapolado para toda e qualquer atividade, especialmente na área econômica, e quando realizado de forma precisa, revela a melhor estratégia para tomada de decisões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro do contexto retro exposto, é indubitável que a análise econômica do direito trouxe para o meio jurídico, e, portanto, para o direito, uma forma lógica muito inteligível de abordagem, tanto no que se refere ao comportamento material dos membros da sociedade, seja também na questão regulatória e/ou sancionatória quanto às condutas, assim como também na resolução de conflitos, bem como também na questão dos regramentos na forma de tramitação dos procedimentos que visam soluções de controvérsias, também nas sanções, de modo que pode ser cabalmente afirmado que neste caminho sem volta, quem mais evoluiu foi o próprio direito em ter sido agraciado ao ser complementado como tão nobre e pontual ciência exata da economia, presente desde dentro do lar das pessoas até às relações entre nações.

Ainda, fica muito claro que a análise técnica feita pelos economistas, por meio da análise econômica, quando aplicada ao direito, fez e faz com que os juristas de toda a ordem atuem fazendo com que o próprio direito seja utilizado para que este mundo seja um lugar melhor para

se viver, até mesmo porque, em linhas gerais, a economia visa o bem-estar social de todos indistintamente, tudo levando a evitar a exclusão e desigualdade social para que haja a mais plena e total inclusão e igualdade social, tudo sem descuidar jamais da segurança jurídica.

A teoria dos jogos se apresenta enquanto uma poderosa ferramenta da análise Econômica do Direito e de todas ciências humanas e sociais para implementar esses instrumentos. Através da modelagem matemática de cenários hipotéticos possíveis, busca-se a escolha mais racional e dominante para a tomada de decisões, que se revelam pelo do que ficou conhecido como “o equilíbrio de Nash” como sendo a escolha mais acertada à busca da realização da melhor estratégia possível.

Da mesma forma, não só ao direito, mas também à política a análise econômica do direito é importante, já que é tal estudo que dá a sustentabilidade ao regime de governo que atua, pois se a economia não vai bem, o consumo e as relações da mesma derivada também não vai bem, e como o consumir nos dias de hoje onde o virtual prepondera é uma forma de inserção social, é o existir, e se o ser não se sentir incluído e existindo, em tempo de movimento de massa digital, invariavelmente o governo e/ou a governabilidade não vai bem, podendo e sendo a economia o estopim de segurança das massas e dos sistemas jurídicos, motivo pelo qual a boa análise econômica do direito fará com que o sistema social funcione bem, e assim agindo a sociedade ante a passos largos e evolua também, sempre em consonância com a igualdade de todos e uma democracia plena.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de Crise**. Rio de Janeiro: Zahar, 2016. 192 p. Tradução de: Renato Aguiar.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. **Código de Processo Civil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 15 out. 2022.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito & Economia**. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2010. 560 p.

OST, François. **O Tempo do Direito**. Bauru: Edusc, 2005. 409 p. Tradução de Elcio Fernandes. Revisão Técnica de Carlos Aurélio Mota de Souza.

SARTINI, Brígida Alexandre; GARBUGIO, Gilmar; BORTOLOSSI, Humberto José; SANTOS, Polyane Alves; BARRETO, Larissa Santana. Uma Introdução a Teoria dos Jogos. II **Bienal da Sociedade Brasileira de Matemática**: Universidade Federal da Bahia. p. 1-62, out. 2004. Disponível em: <https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>. Acesso em: 15 out. 2022.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE RICHARD A. POSNER E AS CRÍTICAS DOCTRINÁRIAS DE RONALD DWORKIN

ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO DE RICHARD A. POSNER Y CRÍTICAS DOCTRINALES DE RONALD DWORKIN

Victória Gandolfi Medeiros¹

Vitória Piucco²

Roberta de Oliveira Sutel³

RESUMO

O presente artigo apresenta o debate doutrinário entre Richard A. Posner, principal expoente da teoria da Análise Econômica do Direito, e Ronald Dworkin, principal crítico da Análise Econômica do Direito, com sua consolidada Teoria do Direito que compreende a relação entre direito e moral. Richard A. Posner apresenta o movimento da AED, como forma de interdisciplinaridade da economia, entende que este instituto potencializa os efeitos ao ordenamento jurídico. Ronald Dworkin defende a utilização de princípios ao direito e critica o positivismo jurídico. A AED trata-se de uma teoria que aplica os conceitos econômicos para examinar a estrutura, o processo e o impacto econômico e ao ser aplicada ao direito pretende-se chegar a soluções jurídicas mais eficientes. A discussão sobre a aplicabilidade razoável dos conceitos econômicos aos direitos e as instituições jurídicas mostra-se evidente relevância nos tempos atuais, haja vista a materialização de direitos dos cidadãos e os impactos econômicos gerados.

PALAVRAS-CHAVE: Análise Econômica do Direito. Eficiência. Maximização de riqueza. Pragmatismo. Utilidade.

RESUMEN

Este artículo presenta el debate doctrinario entre Richard A. Posner, principal exponente de la teoría del Análisis Económico del Derecho, y Ronald Dworkin, principal crítico del Análisis Económico del Derecho, con su consolidada Teoría del Derecho que entiende la relación entre

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Faculdade Meridional. Advogada. victoriagandolfimedeiros@gmail.com

² Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. viippiucco@gmail.com

³ Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Faculdade Antônio Meneghetti. Advogada. robertasutel@hotmail.com.

derecho y moralidad. Richard A. Posner presenta el movimiento AED, como una forma de interdisciplinariedad en la economía, entiende que este instituto potencia los efectos sobre el ordenamiento jurídico. Ronald Dworkin defiende el uso de los principios del derecho y critica el positivismo jurídico. AED es una teoría que aplica conceptos económicos para examinar la estructura, el proceso y el impacto económico y cuando se aplica a la ley se pretende llegar a soluciones legales más eficientes. La discusión sobre la aplicabilidad razonable de los conceptos económicos a los derechos e instituciones jurídicas es evidentemente relevante en los tiempos actuales, dada la materialización de los derechos ciudadanos y los impactos económicos generados.

PALABRAS CLAVE: Análisis Económico del Derecho. Eficiencia. Maximización de la riqueza. Pragmatismo. Utilidad.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A Análise Econômica do Direito trata-se de uma teoria que aplica os conceitos e a visão econômica para examinar a estrutura, processo e o impacto econômico no direito e suas instituições. Contemporaneamente, observa-se um crescimento expressivo dos conceitos econômicos aplicados a diferentes áreas de conhecimento, pois, estes são potencializadores de resultados. Da mesma forma, percebe-se que quando aplicados ao direito pode-se chegar a soluções jurídicas mais eficientes.

A teoria teve como um de seus principais precursores Richard A. Posner, jurista americano que apresenta o movimento da AED, como forma de interdisciplinaridade da economia, tendo em vista que este instituto potencializa os efeitos ao ordenamento jurídico. Posner defende a ideia de maximização da riqueza social, relacionando direito e economia, propondo uma análise do direito sob a ótica do custo e benefício das decisões, a partir de escolhas pautadas na eficiência.

O principal crítico, da Teoria da Análise Econômica do Direito de Posner, é Ronald Dworkin, este autor defende a utilização de princípios ao direito e critica o positivismo jurídico. O autor possui uma visão utilitarista da AED.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva discorrer sobre Análise Econômica do Direito de Richard A. Posner e apresentar as críticas delineadas por Ronald Dworkin. O trabalho exaurirá com a proposta temática, sendo esta pesquisa aprofundada em dissertação futura, requisito essencial para obtenção do título de Mestre em Direito.

A fim de cumprir com os objetivos do trabalho, a pesquisa realizou-se a partir do recolhimento da bibliografia, análise de livros e artigos científicos sobre Richard A. Posner e

Richard Dworkin, de forma a melhor compreender o objeto de estudo. O método utilizado foi o dedutivo.

O presente *paper* foi dividido em duas seções, sendo que na primeira seção pretende-se traçar as noções iniciais sobre a análise econômica do direito de Posner, dando destaque para a relevância da maximização da riqueza e do conceito de eficiência. E na segunda seção, apresentou-se as críticas, predominantemente utilitaristas, formuladas por Dworkin.

Por fim, a partir da construção teórica abordada, serão expostas as considerações finais, explicitando os principais pontos sustentados e as conclusões sobre a dicotomia entre Posner e Dworkin.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO POR RICHARD A. POSNER

A Análise Econômica do Direito trata-se de um método que se utiliza de conceitos econômicos a fim de facilitar a compreensão do Direito, sem a intenção de substituir os métodos do direito tradicional. O instituto da AED permite aos juristas ampliarem seus conhecimentos de direito civil de forma a ultrapassar a unidade dos conhecimentos das normas⁴. A análise econômica do direito possui como objetivo obter soluções jurídicas eficientes marcadas pela interdisciplinaridade, principalmente, na relação entre direito e economia⁵.

Richard Allen Posner, professor e jurista norte-americano, formou-se em direito em Harvard (1962). Em 1981 tornou-se juiz no Tribunal da 7ª Região da Justiça Federal dos Estados Unidos da América, tribunal no qual foi presidente entre 1993 e 2001. Posner propõe o estudo do direito a partir de uma análise econômica e entende que esta teoria pode ser utilizada pelos magistrados e pelos destinatários das normas jurídicas com o objetivo de maximizar a riqueza da sociedade⁶.

Historicamente, a teoria da AED desenvolveu nos EUA, Mackaay e Rousseau observam quatro fases de desenvolvimento:

[...] lançamento (1957-1972), aceitação do paradigma (1972-1980), debate sobre os fundamentos (1980-1982) e o movimento ampliado (a partir de 1982). A partir de 1975, o movimento aparece fora dos Estados Unidos da América. A recepção teve reações

⁴ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 769 p. Tradução Rachel Sztajn. p. xix.

⁵ DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2ª ed. Salvador: juspovium, 2019.p.172.

⁶ RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito**. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.112.

favoráveis e desfavoráveis, o que merece ser apontado na medida em que incidem sobre a propagação de ideais no mundo jurídico⁷.

De forma propedêutica, destaque-se a importância de esclarecer que as teses de Posner foram baseadas e escritas para um sistema jurídico em particular, o norte-americano que adota o direito consuetudinário, ou seja, o *Common Law*.

A natureza da teoria da AED fornece uma base que se consolida na ideia de que as tomadas de decisões pelo Poder Judiciário e suas consequências jurídicas na busca pela maximização das riquezas dos indivíduos trata-se de um objetivo a ser alcançado e que possui amparo na análise econômica. Richard Posner, em sua obra *Economic Analysis of Law* (primeira edição em 1973) torna indubitável que os conhecimentos científicos jurídico e econômico caminham lado a lado, sem qualquer relação de hierarquia⁸.

A Teoria da Análise Econômica do Direito de Posner trata-se de uma teoria pragmática. O autor defende um direito mais objetivo e realista em consonância com a realidade social. O pragmatismo inerente à teoria mostra-se fundamental para entender o sistema jurídico, dessa forma, para Posner “os pragmatistas querem um direito mais empírico, mais realista, mais sintonizado com as necessidades reais de pessoas reais”⁹.

O pragmatismo defendido por Posner difere-se do pragmatismo filósofo. Para Posner, diversos teóricos acreditam que a moral deve ser aplicada às questões jurídicas. Dessa forma,

Um aspecto importante a ser considerado sobre a teoria de Posner diz respeito ao seu ceticismo em relação às teorias morais e constitucionais [...]. A explicação para isso, basicamente, é que Posner não acredita que tais teorias possam apresentar soluções reais para as questões morais. Ao contrário, acredita que elas provocam um dissenso ainda maior no meio jurídico, pois só fazem incitar mais dúvidas. Daí dizer que a posição de Posner é a de um ceticismo moral pragmático.¹⁰

O pragmatismo posneriano no âmbito jurídico trata-se como uma teoria do comportamento da decisão judicial, aliados a outros fatores significativos como a experiência, a eficiência e a realidade social¹¹. A decisão judicial, na visão do autor, deve ser guiada pela análise de parâmetros econômicos e com enfoque nas consequências para que se atinja um resultado razoável.

⁷ MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphanie. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 769 p. Tradução Rachel Sztajn. p.9.

⁸ POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973.

⁹ POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. p. 20.

¹⁰ VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. **A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes, Canoas, v. 5, n. 1, p. 112, maio 2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

¹¹ PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p. 285.

O conceito de eficiência é o caracterizador econômico da teoria da AED de Posner. A eficiência auxilia na compreensão do fenômeno jurídico, a partir da noção de custo e benefício, e com isso da racionalidade para que as decisões jurídicas sejam baseadas na eleição do maior benefício com o menor prejuízo possível. Cooter e Ulen salientam sobre a diferença estabelecida entre racionalidade e razão:

A diferença entre razão e racionalidade é um tema célebre em filosofia. De acordo com o ponto de vista tradicional, o comportamento racional é a busca de fins congruentes através de meios eficientes. A irracionalidade se apresenta quando os fins são contraditórios ou os meios são ineficientes. Especificamente, o comportamento pode ser racional ainda quando os fins sejam antissociais e os meios imorais. Sem embargo, a busca dos fins antissociais ou a adoção de meios imorais se consideram geralmente como não racionais. Uma pessoa racional está socializada de acordo com as normas e convenções de uma comunidade, de tal sorte que seus fins são congruentes com os valores compartilhados, e sua busca guarda correspondência com as normas do grupo¹².

O objetivo primordial da teoria da AED compreende os fenômenos jurídicos, através da utilização dos argumentos econômicos, visto que vislumbra o direito no âmbito da racionalidade característico da economia, com o propósito da eficiência e da maximização da riqueza social.

Posner acredita que o objetivo da maximização da riqueza como mecanismo que propicia a eficiência e a forma apropriada dos magistrados decidirem questões de direito comum. A atribuição do direito e da economia é fornecer mecanismos para a tomada de decisão legal, que maximiza a riqueza, baseado na suposição de que o homem é maximizador racional de seu interesse próprio¹³.

As contribuições da racionalidade, conceito predominantemente econômico, à teoria da Análise Econômica do Direito corrobora, principalmente, nas decisões judiciais, o desenvolvimento de uma postura predominantemente imparcial dos magistrados. Além disso, abole antinomias que poderiam acarretar disputas. Rendeiro depreende essas duas características da AED como vantagens desta teoria. Essas vantagens impulsionam a imparcialidade e a eficiência nas decisões jurídicas¹⁴.

2. CRÍTICA DOUTRINÁRIA DE RONALD DWORKIN À ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Ronald Dworkin analisa e faz críticas à Teoria da Análise Econômica do Direito de Richard Posner. Em sua obra intitulada de “Uma Questão de Princípio”, publicado em 1986, critica as ideias

¹² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010, p. 59.

¹³ O'HANLON, Stephen. Equality, entitlement, and efficiency: dworkin, nozick, posner, and implications for legal theory. 8 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 2009. p. 65-66.

¹⁴ RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito**. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). O pensamento jurídico contemporâneo. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015. p.113.

de Posner quanto a AED, principalmente, no tocantes aos termos e aos vocábulos da economia utilizados para analisar o direito. Para Dworkin há a apropriação indevida de termos da economia, pelos teóricos da AED, que aplicados ao Direito possuem sentidos diversos dos econômicos

A análise econômica do Direito, que torna central o conceito de maximização da riqueza, deve, portanto, ser distinguida da análise do Direito dos economistas, isto é, da aplicação a contextos jurídicos da noção de eficiência dos economistas, que é a eficiência de Pareto. Quando o economista pergunta se uma norma de Direito é eficiente, geralmente quer saber se a situação produzida pela norma é eficiente segundo Pareto, não se ela promove a maximização da riqueza. Muita confusão poderia ter sido evitada se Posner e outros não tivessem usado as palavras "econômico" ou "eficiente" na descrição do seu próprio trabalho.¹⁵

Na teoria de Posner, a Análise Econômica do Direito baseia-se na ideia de que as decisões judiciais e suas consequências objetivam a maximização de riqueza dos indivíduos, esta seria assegurada através da imparcialidade do Poder Judiciário o que asseguraria a eficiência de suas decisões. A “Eficiência de Pareto” trata-se de um conceito economista trazido pela teoria da AED para que se torne efetiva a maximização das riquezas. Tabak conceitua

O conceito de eficiência de Pareto é muito utilizado pelos economistas para denotar uma situação em que não é possível melhorar a situação de um agente sem piorar a situação de, pelo menos, outro agente. Por exemplo, se for possível promover uma redistribuição da riqueza entre os agentes, de modo que alguns fiquem em situação melhor sem que haja piora na situação dos outros agentes, temos uma melhoria de Pareto.¹⁶

Sob a ótica economista, esta seria a distribuição de riqueza eficiente. Entretanto, Dworkin critica a utilização destes termos em vistas às normas jurídicas, uma vez que considera que a aplicabilidade correta e eficiente se limita ao âmbito da Ciência Econômica¹⁷.

Ronald Dworkin fundamenta o cerne de sua crítica à Análise Econômica do Direito na concepção, considerada por ele, equivocada da maximização da riqueza social como um objetivo digno. Para o autor, defender esta concepção seria o mesmo que afirmar com veemência que uma sociedade que possui mais riqueza está em melhor situação em comparação com a que possui menos¹⁸. Dworkin indaga

Quem pensaria que uma sociedade que tem mais riqueza, tal como definida, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade que tem menos, a não ser alguém que cometeu o erro de personificar a sociedade e, portanto, pensou que uma sociedade está em melhor situação se tem mais riqueza, da mesma maneira que ocorre com qualquer

¹⁵ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.355-356.

¹⁶ TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan. 2015. Anual. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.

¹⁷ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.355-356.

¹⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.356.

indivíduo? Por que alguém que não cometeu esse erro deveria pensar que a maximização da riqueza social é um objetivo digno?¹⁹

Neste sentido, o autor provoca Posner e outros autores defensores da AED a demonstrarem o motivo pelo qual a maximização da riqueza pode ser considerado um objetivo digno e, conseqüentemente, o porquê de uma sociedade com maior riqueza seria superior a outra com menor riqueza. Dworkin entende que “um mero progresso na riqueza social não é um componente do valor não se sustenta e a afirmação normativa da análise econômica precisa de outro apoio”²⁰.

Á vista disso, resta evidente que para Dworkin a maximização da riqueza não pode ser entendida como um objetivo digno, em razão de esta não representar uma geração de valor para a sociedade e, por isso, não pode ser um objetivo almejado por esta de forma geral.

Outrossim, o autor critica Posner quanto à relação entre utilidade e riqueza. “Posner reconhece que mais riqueza não conduz necessariamente a mais felicidade”²¹, entretanto Dworkin entende que se deve levar em consideração individualidades e a distribuição da riqueza, pois considera que o aumento de uma resulta na diminuição da outra, ou ao contrário. Dessa forma, a utilidade e a riqueza estão diretamente interligadas, pois, tem-se que a riqueza sem a utilidade jamais poderia ser um componente de valor²².

Neste passo, o autor faz uma análise entre os conceitos de justiça e riqueza. A fim de fundamentar sua concepção de que a maximização de riqueza não corresponde a uma geração de valor. Para Dworkin, uma sociedade se possuísse a opção de escolher entre a justiça e a riqueza, jamais escolheria a troca entre riqueza e justiça, tendo em vista que a riqueza quando desvinculada da utilidade não compreende valor²³. Além disso, a justiça “é uma questão de distribuição – da relação entre os indivíduos que constituem a sociedade, ou entre a sociedade como um todo e esses indivíduos”²⁴. Dessa forma, há a personificação da sociedade de modo a transformar uma escolha de ordem social em uma escolha individual, logo, não há mais de se falar em justiça – não há geração de valor social.

¹⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.356.

²⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.359.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.365.

²² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.365.

²³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.370.

²⁴ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges.p.370.

Dworkin compreende que a AED adota uma visão do utilitarismo. O entendimento da eficiência de Pareto, sendo um conceito da ciência econômica aplicado ao direito, não possui a capacidade de maximização de riqueza. Além disso, discorre que a riqueza não poderia ser considerada como um objetivo digno da sociedade, como defende Posner em sua teoria, pois, não há geração de um valor social.

As considerações de Dworkin aos argumentos de Posner sustentam-se no objetivo de expor as fragilidades da teoria da Análise Econômica do Direito, uma vez que esta teoria pode ser aplicada em outros campos do direito, como na decisão judicial. O autor propõe a reformulação da AED e discorre sobre sugestões de modificações que objetivam sanar as falhas da percepção da riqueza como valor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo, conforme já explicitado, teve como escopo o estudo a exposição e análise do debate travado entre Dworkin e Posner, cujo enfoque foram as divergências existentes entre ambos acerca da utilização da teoria econômica do direito como teoria política sobre direito.

No curso do presente ensaio, analisou-se a interdisciplinaridade da economia e seus efeitos sobre o pensamento jurídico. Richard A. Posner desenvolveu a Análise Econômica do Direito, na década de 70, propondo uma relação direta entre os institutos e a maximização da riqueza social.

Posner ressaltou em seu movimento que decisões eficientes são emanadas pelos próprios indivíduos, na qualidade de seres racionais, e ponderou-se que a riqueza, mais ampla que aspectos monetários simplesmente, se caracteriza pela transferência de recursos aos indivíduos que valorizam a propriedade.

A referida teoria política aplicada ao direito foi alvo de críticas, destacou-se as formuladas por Ronald Dworkin. Dworkin defendia que a maximização de riqueza não corresponderia ao ótimo de Pareto, ou seja, que a riqueza não seria um valor a ser alcançado. Concluiu suas críticas na ideia de que os argumentos de Posner seriam dotados de caráter utilitarista de forma eminente.

Implica em reconhecer que os autores referidos possuem visões divergentes da análise econômica do direito, porém ambos os autores apresentam fundamentos coerentes, o que instiga aos estudiosos do direito a pesquisarem sobre estes autores sob esta perspectiva.

A discussão sobre a aplicabilidade razoável dos conceitos econômicos aos direitos e as instituições jurídicas mostra-se evidente relevância nos tempos atuais, haja vista a

materialização de direitos dos cidadãos e os impactos econômicos que se gera. O estudo da análise econômica do direito oferece uma reflexão sistemática sobre as normas do ordenamento jurídico e sobre as decisões tomadas, todos os dias, pelo poder judiciário, de modo a ser utilizado com amplitude, tanto pelos destinatários das normas jurídicas, bem como, por aqueles que exercem atividade jurisdicional, de forma a auxiliar nas fundamentações das decisões jurídicas.

REFERÊNCIAS

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Direito e Economia**. 5. ed. São Paulo: Bookman, 2010.

DIAS, Jean Carlos. **Teorias contemporâneas do direito e da justiça**. 2ª ed. Salvador: juspovium, 2019. 208 p.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 593 p. Tradução de Luís Carlos Borges. 593 p.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise Econômica do Direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020. 769 p. Tradução Rachel Sztajn.

O'HANLON, Stephen. **Equality, entitlement, and efficiency: dworkin, nozick, posner, and implications for legal theory**. 8 CARDOZO PUB. L. POL'Y & ETHICS J. 2009.

PEREIRA, Leonardo Fadul. Análise econômica do direito e pragmatismo jurídico: algumas noções sobre a teoria de Richard A. Posner. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

POSNER, Richard A. **Economic Analysis of Law**. Boston: Little Brown and Company, 1973.

POSNER, Richard Allen. **Para além do direito**. Tradução Evandro Ferreira e Silva. São Paulo: Martins Fontes, 2009. Tradução de: Overcoming Law. 638 p.

RENDEIRO, Carla Blanco. **Maximização da riqueza x justiça**: a crítica de Dworkin à análise econômica do Direito. In: DIAS, Jean Carlos (coord.). **O pensamento jurídico contemporâneo**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

TABAK, Benjamin Miranda. A Análise Econômica do Direito: proposições legislativas e políticas públicas. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 52, n. 205, p. 321-345, jan. 2015. Anual. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf. Acesso em: 16 set. 2022.

VERBICARO, Loiane da Ponte Souza Prado; RODRIGUES, Isabelle de Assunção. **A refutação de Dworkin ao ceticismo quanto às pretensões juridicamente tuteladas**. Revista Eletrônica Direito e Sociedade – Redes, Canoas, v. 5, n. 1, 103-132 p. Maio/2017. Disponível em: <https://revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes/article/view/3463/pdf>. Acesso em: 14 set. 2022.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PREPOSIÇÃO LEGISLATIVA E DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW: A LEGISLATIVE AND PUBLIC POLICY PREPOSITION

Karen Beltrame Becker Fritz¹

Tamires Kürschner Caspers²

RESUMO

Neste presente artigo trataremos sobre uma análise econômica do direito que é uma área emergente do direito e as questões legais que abragem as questões da AED, além disso veremos as preposições legislativas e de políticas públicas. Constatemos que esta questão será tratado a constitucionalidade, juridicalidade, legalidade e a boa técnica legislativa e diante disso vamos tratar aqui as questões principiológicas e as noções da eficiência e por fim as questões legislativas e as de política públicas.

PALAVRAS-CHAVES: Análise Econômica do Direito; Legislação; Política Público.

SUMMARY

In this article, we will deal with na economic analysis of law, which in an emerging area of law, and the legal issues that encompass AED issues, in addition to seeing legislative and public policy propositions. We will note that this issue will be dealt with by constitutionality, juridicality, legality, and good legislative technique and before that we will deal here with principles and notions of efficiency and finally with legislative and public policy issues.

KEYWORDS: Economic Analysis of Law; Legislation; Public Policy;

INTRODUÇÃO

Análise Econômica do Direito muito tem se falado nos dias atuais e partimos com o pressuposto de como ela surgiu através do contexto histórico e como foi inclusa na questão jurídica e além disso o que seria está área emergente.

Diante disso, iremos observar as questões principiológicas da AED em conjunto com as demandas constitucionais, juridicionais e a legalidade dando enfase as questões legislativas.

Por fim vamos tratar das questões das políticas públicas como a análise econômica do direito entra nessas questões e o quanto elas são de suma importância para esta área do direito.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Indubitavelmente, a importância da Análise Econômica tratada como ciência econômica ficou evidente no último século e esta cada dia se tornando mais reconhecida, onde sempre teve um papel importante na sociedade e no direito não foi diferente onde teve a sua influência na formulação de diplomas legais pelos legisladores e nas interpretações e decisões em nossos poderes judiciários, para o doutrinador Martinelli a AED é

Assim como o realismo jurídico identifica a força do Direito nas decisões dos Tribunais e como a antropologia jurídica a encontra nos ritos e processos de cada civilização, a análise econômica do direito também se baseia na interdisciplinaridade para compreensão expansiva do fenômeno jurídico (2020).

Com essa breve definição o contexto histórico adentra com o seu surgimento, tendo em vista que os primeiros estudos trazem que estes surgiram por volta de 1960, mas há alguns doutrinadores que afirmam que como PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, apontam que a sua origem se deu no século XVIII, com a doutrina econômica de Adam Smith servindo de apoio para o desenvolvimento das teses utilitaristas de Jeremy Bentham.

Outro doutrinador que é muito influente frente a questão histórica da AED é o Coase, onde ele tenta explicar a realidade humana frente as questões econômicas, para Aguiar que cita este autor alegando que

De acordo com a argumentação de Coase, o problema central econômico é a maximização da produção, realizando, assim, uma crítica à teoria da intervenção estatal de Pigou. Coase defendia que a regulação estatal direta não proporcionará melhores resultados que os obtidos na situação em que o mesmo problema é resolvido pelo mercado ou pelos próprios agentes. Ressalta-se que a referida teoria se identifica com os postulados do sistema de mercado livre, defendido pelo capitalismo (2013).

Com esta percepção a análise econômica do Direito é uma tentativa de dotar o pensamento jurídico de uma teoria que explique o comportamento dos indivíduos perante as regras e os seus efeitos na consecução de resultados eficientes Segundo Posner

Não se pode dizer que economia seja aquilo que os economistas praticam, porque muitos não economistas praticam economia – ou se tornam economistas ao praticá-la. Não se pode, ao menos quando se tenta ser preciso no falar, chamar a economia de “ciência da escolha racional”. Existem teorias de escolha racional que não se assemelham à economia, ou porque pressupõem preferências instáveis, que alteram muitos dos prognósticos da economia, ou porque pressupõem uma pluralidade de agentes racionais dentro de cada ser humano – por exemplo, um ego impulsivo e um ego que se volta para o futuro (2007, p. 494).

Com a concepção da economia vista frente a análise do direito, e o direito vem de encontro com essas questões que demonstra que a AED é de suma importância e assim para o autor Oliveira

A análise econômica do direito visa maximizar riquezas, alocando os recursos de forma mais eficiente possível, e procura prever o impacto do direito na economia. Assim, dentro da margem conferida pelo legislador, o juiz deve, dentre as soluções hipotéticas, avaliar

não apenas a aplicação das normas jurídicas, notadamente a Constituição Federal, mas também as consequências econômicas que a decisão gera nos campos econômicos e sociais (2020).

Diante desta breve explanação da questão histórica da Análise Econômica do Direito é importante ter uma visão sobre as legislação proposta e que vem de encontro com o Direito.

2. PREPOSIÇÕES LEGISLATIVAS

Inicialmente é importante trazer um conceito sobre as questões legislativas referente a Análise Econômica do Direito, conforme Posner

O objetivo do direito, na ótica da Análise Econômica do Direito, é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social. Leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-estar. Nesse sentido, o uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial (2007).

Nesse contexto, o próprio Direito promove sua abertura a elementos notoriamente ausentes de sua estrutura interna, como o clássico permissivo, encartado no art. 4º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), para que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito em caso de omissão legislativa. Sendo que demonstrado que as vezes existe algumas lacunas legislativas onde que esta ausente alguns determinados pontos, além disto o segundo ponto é que, atualmente, uma análise de cunho consequencialista – bastante próxima daquela sobre a qual ora nos debruçamos - transbordou a mera proposição doutrinária e jurisprudencial para ser objeto de positivação, sobretudo com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Konrad Hesse diz ser essencial a consideração do cenário concreto para a manutenção da própria força normativa da Constituição: Finalmente, a interpretação tem significado decisivo para a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. A interpretação constitucional está submetida ao princípio da ótima concretização da norma (Gebot optimaler Verwirklichung der Norm). Evidentemente, esse princípio não pode ser aplicado com base nos meios fornecidos pela subsunção lógica e pela construção conceitual. Se o direito e, sobretudo, a Constituição têm a sua eficácia condicionada pelos fatos concretos da vida, não se afigura possível que a interpretação faça deles tábula rasa. Ela há de contemplar essas condicionantes, correlacionando-as com as proposições normativas da Constituição. A interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação. Em outras palavras, uma

mudança nas relações fáticas pode – ou deve – provocar mudanças na interpretação da Constituição, pg. 135/136.

Diante deste fatos a Lei que trata sobre a Análise Econômica do Direito, ela foi instituída em em 20 de setembro de 2019, a Lei 13.874 instituiu a “Declaração de Direitos de Liberdade Econômica”, que veio a ser conhecida como Lei da Liberdade Econômica ou, simplesmente, LLE. Segundo a medida provisória que precedeu a LLE, “a liberdade econômica é cientificamente um fator necessário e preponderante para o desenvolvimento e crescimento econômico de um país.” Busca o legislador promover o desenvolvimento econômico.

A LLE inova também ao positivar o “princípio da boa-fé do particular perante o poder público” (art. 2º, II) e a “presunção de boa-fé nos atos praticados no exercício da atividade econômica, para os quais as dúvidas de interpretação do Direito civil, empresarial, econômico e urbanístico serão resolvidas de forma a preservar a autonomia privada, exceto se houver expressa disposição legal em contrário” (art. 3º VI). Trataremos aqui primordialmente da presunção de boa-fé no Direito Privado invocada pelo art. 3º, VI, embora muitas de suas lições possam ser úteis também para a presunção de boa-fé consagrada no âmbito do Direito Público pelo art. 2º, II.

Além das inovações legislativas a Constituição Federal onde traz que é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previsto no art. 170, parágrafo único.

A Lei 12.846/2013 é bastante importante pois se trata sob a anticorrupção ou Lei da Empresa Limpa que é basicamente uma lei ordinária de autoria do poder executivo que trata da responsabilização objetiva administrativa e civil de empresas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, para o autor Bertocini

Considerando que a corrupção é um fenômeno difundido nas Transações Comerciais Internacionais, incluindo o comércio e o investimento, que desperta sérias preocupações morais e políticas, abala a boa governança e o desenvolvimento econômico, e distorce as condições internacionais de competitividade (2016).

Por fim a estas questões legislativas é importante salientar que além da Análise Econômica do Direito as matérias são interdisciplinares sendo estas não apenas legisladas exclusivamente dentro da questão econômica a qual vai muito além disto, sendo que, dentro do Direito Administrativo, foram criados dogmas distantes da realidade vivida no dia a dia. Portanto, seria fundamental resgatar a gênese pragmática do Direito Administrativo, que é a resolução de problemas concretos da Administração Pública. E, para ele, a análise econômica do direito pode viabilizar esse resgate e para a autora Martins ela cita como isto pode vir a contribuir sendo que

[...]a nova Lei de Improbidade Administrativa (Lei 14.230/21), que incentiva maiores investimentos econômicos e maior participação de parceiros privados na Administração

Pública, sinalizando uma guinada rumo ao pragmatismo. “As leis devem trazer respostas e incentivos adequados a problemas concretos da Administração Pública sem um apego cego, mítico, às categorias que não mais produzem consequências desejáveis. Para tanto, uma boa dose de criatividade será necessário” (2022).

Diante destes fatos e da criação e aplicação das questões legislativas frente a Análise Econômica do Direito, é de suma importância que vem de encontro com a política pública a qual é a elaboração de algo que pode ou não afetar a AED.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS

Primeiramente é importante destacar o que seria a política pública que é um conjunto de ações desencadadas pelo governo e como uma concepção dentro da Análise Econômica do Direito, sendo que para Bucci

O estudo do conceito de políticas públicas para o direito consiste em conceber a importância de interação entre as esferas política e jurídica, reconhecendo e tornando públicos os processos dessa comunicação no âmbito da estrutura burocrática do poder estatal, “seja atribuindo-se ao direito critérios de qualificação jurídica das decisões políticas, seja adotando-se uma postura crescentemente substantiva e, portanto, mais informadas por elementos da política” (2006, p. 242-244).

A análise econômica do Direito não visa só à economia. Ela é aplicada às decisões judiciais, atos do Poder Público e na elaboração de normas legislativas levando em consideração o aspecto social de um país.

Ainda o Decreto Federal nº 9.191, de 01 de novembro de 2017, “Estabelece as normas e as diretrizes para elaboração, redação, alteração, consolidação e encaminhamento de propostas de atos normativos ao Presidente da República pelos Ministros de Estado.” (BRASIL, 2017).

Com esta concepção é possível verificar como ocorre a política pública dentro da Análise Econômica do Direito, conforme explica a autora

A adoção de políticas econômicas visa a regulação macroeconômica, ou seja, a racionalização gradual da economia para que os agentes econômicos (públicos e privados) atuem em favor do interesse social, mas em "harmonia" com seus interesses privados, isto é, sem alteração legal do sistema de apropriação de riquezas. Nesse sentido, usa-se o termo intervenção, para significar “ atuação em área de outrem - isto é, naquela esfera do privado” (1998, p. 156). Intervenção essa que, para ser ampla, precisa ser diferenciada. Há, portanto, diferentes formas de intervenção, elencadas em diversas classificações doutrinárias, das quais, a mais funcional para o momento parece ser a do próprio Eros Grau, que usa a expressão domínio econômico para indicar atuação estatal no campo da atividade econômica em sentido estrito, da qual se exclui a noção de serviço público (2002).

Por fim as questões das políticas públicas demonstra onde os legisladores tomam suas ações e podem vir a causar dano às pessoas e ao ente público e assim sendo como a questão fundamental é que o desenho dessa política, mas também com uma visão do outro lado o quanto elas podem ser benéficas às questões da Análise Econômica do Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente trabalho vem demonstrar basicamente como a AED veio contribuir para o direito dentro do seu contexto histórico, a qual é de suma importância ter verificado que a Análise Econômica veio a contribuir para o direito.

Quanto além disto como é importante esta questão legislativa veio dar uma efetividade e uma celeridade frente a AED, que visa que diversas são as leis que beneficiam esta, ainda que a interdisciplinariedade das matérias são de suma e relevância para este contexto.

Por fim o quanto as políticas públicas são ligadas ao Estado dando estes um sentido dentro da economia e que demonstra onde é criada a legislação e os aspectos sociais do país e o quanto podem ser benéficas a criação de leis com uma política pública correta.

REFERÊNCIAS

AGUIAR. Bernardo Augusto Teixeira de. A Análise Econômica do Direito: aspectos gerais. Âmbito Jurídico: São Paulo, 2013. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-analise-economica-do-direito-aspectos-gerais/#_ftn1> Acessado em 21 de setembro de 2022.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO E A LEI ANTICORRUPÇÃO EMPRESARIAL LEI 12.846/2013. COMPEDI, 2016. Disponível em: < <https://indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3645/pdf>> Acessado em: 02 de novembro de 2022.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006. Disponível em > <https://revistajuridica.presidencia.gov.br/index.php/saj/article/view/1115/1107>> Acessado em: 02 de novembro de 2022.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. Declaração de Direitos de Liberdade Econômica. Planalto, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acessado em: 19 de outubro de 2022.

BRASIL. Decreto Federal nº 9.191, de 01 de novembro de 2017. Acessado em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/d9191.htm> Acessado em: 02 de novembro de 2022.

MARTINELLI. Gustavo. Tudo que os advogados precisam saber sobre Análise Econômica do Direito. Aurum Blog: Curitiba/PR. 2020. Disponível em:

<<https://www.aurum.com.br/blog/analise-economica-do-direito/>> Acessado em 20 de setembro de 2022.

MARTINS, Thaynara. Juristas aprofundam análise econômica do Direito sobre tributação e administração pública. *Edição: Sarah Barros*. CNJ.JUS, 2022. DISPONÍVEL EM <<https://www.cnj.jus.br/juristas-aprofundam-analise-economica-do-direito-sobre-tributacao-e-administracao-publica/>> Acessado em 02 de novembro de 2022.

HESSE, Konrad. Temas Fundamentais do Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2009.

PACHECO, Pedro Mercado. El Analisis Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Disponível em: <<https://www.passeidireto.com/arquivo/59959197/pedro-mercado-pacheco-la-construcao-teorica-del-analisis-economico-del-derecho>> Acessado em 21 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Gleydson. A importância da análise econômica do direito. Mega Jurídico. Disponível em < <http://www.megajuridico.com/a-importancia-da-analise-economica-do-direito/>> Acessado em: 19 de outubro de 2022.

POSNER, R. El análisis económico del Derecho. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, R. A. Economic Analysis of Law. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf> Acessado em 19 de outubro de 2022.

SANTOS, Marília Lourido dos. Políticas públicas (econômicas) e controle. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 7, n. 58, 1 ago. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3179/politicas-publicas-economicas-e-controle>> Acesso em: 02 novembro 2022.

YEUNG, Luciana. Análise econômica do direito : temas contemporâneos– São Paulo: Actual, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786587019079/pageid/4>> Acessado em 20 de setembro de 2022.

A ASSOCIAÇÃO ENTRE O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A REDUÇÃO DAS DISPARIDADES DE GÊNERO

THE ASSOCIATION BETWEEN ECONOMIC DEVELOPMENT AND THE REDUCTION OF GENDER DISPARITIES

Caroline Bianchi Cunha¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

RESUMO

Em um primeiro momento é feito um estudo sobre as conquistas históricas dos direitos das mulheres ao longo dos anos no Brasil, através da análise das constituintes brasileiras e das lutas sociais que foram culminadas até ser definida a Constituição Federal de 1988. Ademais, posterior a tal momento, também foram verificadas algumas leis e emendas constitucionais que foram implementadas no país, bem como as políticas públicas criadas, todas voltadas para a redução das desigualdades de gênero no país, eis que apenas recentemente houve o reconhecimento das mulheres como sendo cidadãs livres. Por fim, verificou-se como o desenvolvimento econômico e a igualdade de direitos entre os gêneros se auxiliam e relacionam.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das mulheres. Constituição. Igualdade de gênero. Desenvolvimento econômico.

ABSTRACT

At first, a study is made of the historical achievements of women's rights over the years in Brazil, through the analysis of Brazilian constituents and the social struggles that culminated until the Federal Constitution of 1988 was defined. At the moment, some laws and constitutional amendments that were implemented in the country were also verified, as well as the public policies created, all aimed at reducing gender inequalities in the country, since only recently there was recognition of women as free citizens. Finally, it was verified how economic development and equality of rights between genders help and relate to each other.

KEYWORDS: Women's right. Constitution. Gender equality. Economic development.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. adv.carolinebianchi@gmail.com

² Pós Doutora em Direito pela Universidade de Sevilla, Espanha. Professora Permanente do Programa de Mestrado em Direito da UPF. Professora titular II da Faculdade de Direito da UPF. karenfritz@upf.br

INTRODUÇÃO

Os direitos relacionados as mulheres no Brasil, há muitos anos estão em pauta em nosso ordenamento jurídico e em nossa sociedade, uma vez que foram conquistados através de muitas lutas e movimentos sociais, especialmente pelas próprias mulheres, evidenciando-se o caráter de relevância e resguardo pelos quais devem ser tratados e ampliados.

Posto isso, foi realizado um estudo através de todas as constituintes brasileiras, verificando e demonstrando a colossal adversidade havida ao respeito e consagração dos direitos das mulheres, eis que nas primeiras constituintes, as mulheres não eram nem consideradas cidadãs livres, havendo de fato grande mudança e alteração em 1988, com a consagração da Constituição Federal do Brasil.

Sendo assim, posterior a promulgação de tal constituinte, fora analisado as leis e emenda constitucionais brasileiras criadas, no sentido de promover a efetividade e buscar garantir a paridade de gêneros, haja vista os séculos de desigualdade de gênero havida no Brasil e no mundo.

Dessa forma, o presente artigo trás questões a fins de promover a discussão no que tange a conquista dos direitos das mulheres no Brasil, evidenciando as diversas lutas sociais que foram travadas contra os governos e sistemas, a fins de que fossem criadas referidas leis.

Portanto, busca-se demonstrar que a criação das leis e mecanismos atuais em prol das mulheres, foram frutos de diversas lutas sociais, bem como de séculos de disparidade de gênero, o que lastimavelmente, se reflete nos dias de hoje, também se demonstrando como o desenvolvimento econômico e a redução das disparidades de gênero se relacionam e se auxiliam mutuamente.

1. AS CONQUISTAS HISTÓRICAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NAS CONSTITUINTES BRASILEIRAS

Para compreender o atual panorama da conquista dos direitos das mulheres no Brasil, faz-se necessário a análise e retrospectiva das Constituições anteriores a de 1988 no Brasil.

Sendo assim, no ano de 1824, foi promulgada a primeira Constituição do Brasil, haja vista o estabelecimento do Brasil Império, sendo que, em tal constituinte (BRASIL, 1824), nada dispunha sobre os direitos das mulheres, nos quais eram considerados cidadãos apenas os homens brancos e aqueles detentores de posses, excluindo do seu texto e de prerrogativas os escravizados homens e mulheres, bem como as mulheres livres dos detentores de direitos políticos.

No mais, em 1891, com o fim do regime monárquico, e sob a influência da Proclamação da República de 1889, foi criada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Todavia, as mulheres mais uma vez não foram citadas no texto constitucional (BRASIL, 1891), sendo que, segundo Pinto “A mulher não foi citada porque simplesmente não existia na cabeça dos constituintes como um indivíduo dotado de direitos” (2003, p. 16).

Outrossim, no ano de 1932, no Brasil, iniciaram-se diversos movimentos sociais, influenciados pelos movimentos sufragistas dos Estados Unidos da América e da Inglaterra, em busca da participação das mulheres na política e para ser reconhecido a cidadania das mulheres, gerando, assim, a Revolução de 1930, com a promulgação do Código Eleitoral (Decreto nº 21.076 de 1932), promulgada por Getúlio Vargas, sendo um marco nacional, eis que se torna a primeira legislação a consagrar o direito ao voto e a participação políticas para as mulheres (TAVASSI et al, 2021).

Diante de tal avanço acima mencionado, no ano de 1934, com o surgimento de uma nova Constituição, chamada de Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, foi a primeira constituinte a dispor sobre alguns direitos em prol das mulheres.

Tais direitos, constantes nos artigos 109, 121, §1º, alínea “d”, e 163, referenciavam sobre alistamento e voto nas eleições, proibição de trabalhos das mulheres em locais insalubres, bem como descanso de pós-parto (BRASIL, 1934).

Em 1937, com a promulgação de nova constituinte, verificou-se que houve uma estatização no que tange aos direitos das mulheres, eis que não acrescentou em seu texto constitucional novos direitos para a proteção das mulheres. Somado a isso, houve a retirada da expressão todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, mantendo apenas em seu artigo 122 “todos são iguais perante a lei” (BRASIL, 1937).

No ano de 1946, não houve grandes avanços sociais e no que diz respeito aos direitos das mulheres, eis que, segundo Silva (2011), tal constituinte se baseou na continuação da normalização das relações de trabalho, sendo que não houve o investimento em políticas públicas.

Com a ditadura militar instaurada no Brasil em 1964, houveram diversas modificações relacionados aos direitos de todos os cidadãos, especialmente no que tange a direitos sociais e de liberdade, ficando estagnados os avanços em prol das mulheres. Assim, leciona Pilau Sobrinho:

o Brasil enfrentou drásticas modificações a partir de 1964, quando passou por uma revolução exclusivamente política, mas também no campo social, porque se passou a reger a sociedade através de emendas e atos institucionais, os quais denotam um Estado de total arbitragem que marca a era da ditadura militar (2003, p. 95).

Nesse viés, foi instaurada a Constituição da República Federativa do Brasil, em 1967, no qual o único avanço significativo em prol dos direitos das mulheres, foi reduzir a aposentadoria que antes era de 35 anos, para 30 anos (BRASIL, 1967).

Por fim, em 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito, através da atual Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988, foi instituído o Estado Democrático de Direito, no qual houve uma série de avanços sociais e também aos direitos das mulheres (BRASIL, 1988), sendo um marco para o estabelecimento de diversas outras leis infraconstitucionais, que garantem diversos direitos às mulheres.

Todavia, importante salientar que, tais mudanças constitucionais aos direitos das mulheres, só foram possíveis em decorrência de diversos movimentos e lutas realizadas pelas mulheres a partir do ano de 1900, bem como com a criação do Conselho Nacional dos Direitos da Mulheres no ano de 1985.

Assim, o CNDM (Conselho Nacional dos Direitos da Mulheres), foi de extrema importância para o posterior movimento histórico e revolucionário chamado de Lobby do Batom, que conferiu uma articulação política feminina na Assembleia Constituinte de 1987/1988, eis que, dentre as diversas campanhas e movimentos em prol aos direitos iguais, fora realizado um documento chamado de Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes (Osorio, 2020).

Sendo assim, importante destacar os princípios gerais dispostos na carta:

Para a efetivação do princípio de igualdade é fundamental que a futura Constituição Brasileira:

- 1- Estabeleça preceito que revogue automaticamente todas as disposições legais que impliquem em classificações discriminatórias;
- 2-Determine que a afronta ao princípio de igualdade constituirá crime inafiançável;
- 3- Acate, sem reservas, as convenções e tratados internacionais de que o país é signatário, no que fiz ao respeito à eliminação de todas as formas de discriminação;
- 4- O reconhecimento da titularidade do direito de ação aos movimentos sociais organizados, sindicatos, associações e entidades da sociedade civil, na defesa dos interesses coletivos (BRASIL, 1986).

Fica notório, portanto, o caráter de buscar a igualdade de gênero no Brasil, se consolidando através de todas as solicitações feitas em tal carta, a fins de que fosse garantido o mínimo necessário para ser buscado e alcançado o princípio da igualdade, que a muito tempo tinha ficado para trás no país.

Tal carta, conforme dispõe Osório (2020), dispunha de diversas reivindicações, sendo 20 ligadas ao viés feminino, como licença-maternidade de 120 dias, ações em prol do combate a

violência, igualdade salarial entre os sexos, direitos a propriedade iguais aos homens e etc, tal qual a direitos sociais e fundamentais, hoje garantidos constitucionalmente, como educação universal e gratuita, sistema único de saúde, liberdade de expressão e pensamento e etc, dos quais foram incluídas 80% das solicitações na constituinte de 1988.

Diante do acima exposto, tal movimento como o chamado Lobby do Batom, como tantos outros movimentos femininos e sociais, da população brasileira, contribuíram para a efetivação e elaboração da constituinte de 1988, que, dentre seus artigos, importante destacar a igualdade entre homens e mulheres, em direitos e obrigações, e perante a lei, sendo assegurados o direito à vida, liberdade, igualdade e segurança, contidos no caput do artigo 5º e no inciso I da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido,

O movimento feminista brasileiro foi um ator fundamental nesse processo de mudança legislativa e social, denunciando desigualdades, propondo políticas públicas, atuando junto ao Poder Legislativo e, também, na interpretação da lei. Desde meados da década de 70, o movimento feminista brasileiro tem lutado em defesa da igualdade de direitos entre homens e mulheres, dos ideais de Direitos Humanos, defendendo a eliminação de todas as formas de discriminação, tanto nas leis como nas práticas sociais. De fato, a ação organizada do movimento de mulheres, no processo de elaboração da Constituição Federal de 1988, ensejou a conquista de inúmeros novos direitos e obrigações correlatas do Estado, tais como o reconhecimento da igualdade na família, o repúdio à violência doméstica, a igualdade entre filhos, o reconhecimento de direitos reprodutivos, etc (BARSTED, 2001, p. 35).

No mais, um dos objetivos da República Federativa do Brasil, exposto no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal de 1988, dispõe sobre a promoção do bem de todos, sem preconceitos de sexo e quaisquer outras formas de discriminação, bem como protege a igualdade salarial, consoante artigo 7º da referida norma, da mesma forma que apresenta diversos artigos relacionados ao âmbito familiar, possuindo proteção em capítulo específico na constituição, a partir do seu artigo 226.

1. AS CONQUISTAS HISTÓRICAS DOS DIREITOS DAS MULHERES NAS LEGISLAÇÕES INFRACONSTITUCIONAIS

Diante do acima exposto, haja vista que os direitos das mulheres foram conquistados através de diversas lutas sociais e fora consolidado com a Constituição Federal de 1988, importante salientar que, após a instituição de tal constituinte, fora criado diversas outras normas, a fins de cada vez mais haver paridade entre os sexos, o que nos dias atuais ainda se faz necessário.

Sendo assim, faz-se importante destacar e quantificar os textos legais que disponham de direitos das mulheres, sendo que:

Já no âmbito dos direitos pós 1988, a Comissão Nacional de Mulheres Advogadas aponta noventa e um textos de cunho legal onde o termo mulher está registrado, dentre leis e decretos, todos inerentes a direitos femininos. No que tange ao objeto desta pesquisa, sessenta e nove enquadram-se entre 1988 e 2010, período equivalente a pouco mais de vinte anos da promulgação da constituição cidadã, sendo que o documento mais antigo que evidencia o termo mulher data de 1990, isto é, no segundo ano após a promulgação da citada constituição. Em vigência, verifica-se que há cinquenta e cinco delas pós 1988, dentre as quais, somente vinte e nove fazem menção direta ao termo “mulher”, e somente vinte enquadram-se no recorte problematizado dos direitos sociais para o período de definido neste artigo, as quais são abordados pontualmente em seguida (MOREIRA, ANDRADE, 2020, p. 194-195).

Para tanto, pós constitucional, de forma mais significativa, teve o surgimento da Lei 8.112 de 1990, no qual, no artigo 186, §3º, alíneas a, c e d, em que elencou o tempo de aposentadoria para as mulheres de uma forma mais benéfica, sendo de 05 anos a menos que os dos homens, o que, com a atual reforma da previdência, sofreu retrocessos, uma vez que a aposentadoria por idade para mulher será a partir de 62 anos, e ao homem 65 anos.

Outrossim, consoante as Leis 8.072 de 25 de julho de 1990, e 8.930 de 06 de setembro de 1994, fora incluído no rol dos crimes hediondos o estupro e o atentado violento ao pudor. Tal modificação, segundo Silva (2011), foi de significativa importância, uma vez que reconheceu a gravidade da violência sexual cometida contra as mulheres, havendo, ainda, agravamento da pena, se praticados contra cônjuge, abuso de autoridade, prevalecendo-se de relações domésticas e demais agravantes.

Além disso, a Lei 9.504 de 30 de setembro de 1997, estabeleceu significativos avanços aos direitos eleitorais das mulheres, uma vez que dispôs sobre a necessidade de reserva do mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo, todos os partidos ou coligações.

Diante disso, Piovesan (2008), elenca que foi constatado que em 1994, período anterior a vigência da lei acima referida, a porcentagem de mulheres candidatas no Brasil era cerca de 7,18%, já em 2002, após a publicação da referida lei, tal porcentagem passou para 14,48%, de acordo com dados do Tribunal Superior Eleitoral.

Também, fora analisado o recente pleito eleitoral do ano de 2022 e, através de dados noticiados no Tribunal Superior Eleitoral, no ano de 2022 a participação feminina de candidatas na política se deu no patamar de 33,27%, sendo, portanto, um grande avanço a ser considerado.

Ainda, no ano de 2002, teve o advento do Código Civil, através da Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Assim,

O novo Código Civil introduz avanços significativos no que tange à proteção dos direitos civis da mulher, sob a perspectiva da igualdade entre os gêneros. Elimina, assim, as normas discriminatórias até então vigentes, como, por exemplo, as referentes à chefia masculina da sociedade conjugal; à preponderância paterna no pátrio poder e à preponderância do marido na administração dos bens do casal, inclusive dos particulares da mulher; à anulação do casamento pelo homem, caso ele desconheça o fato de já ter

sido a mulher deflorada e à deserdação de filha desonesta que viva na casa paterna (PIOVESAN, 2008, p. 16).

Dessarte, é inegável os avanços aos direitos das mulheres trazidos pelo Código Civil de 2002, especialmente no que tange ao poder familiar, isso porque, a título exemplificativo, trás o exercício do poder familiar a ser exercido por ambos os pais, em seu artigo 1.634 e seguintes, introduzindo, também, a noção de guarda compartilhada para ambos os pais, ou para quem possui a melhor condição de exercê-la, podendo, também, o homem adotar o sobrenome da mulher, o que antes não era permitido, se expressando, todas essas alterações e demais, em uma procura na busca de uma equiparação de direitos entre homens e mulheres.

Ainda, em 07 de agosto de 2006, houve o sancionamento da Lei 11.340, conhecida como “Lei Maria da Penha”, na qual, em sua justificção, dispõe:

Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências (BRASIL, 2006).

Dessa maneira, tal lei foi uma das mais importantes e impactantes criadas em prol da proteção a mulher, no que tange especialmente a violência doméstica e familiar. À vista disso, tal lei, além de tornar mais rígida as punições aos agressores, também criou mecanismos de investigação e solução dos casos, bem como atendimento a vítima, sendo que houve a delegação maior ao poder público a fins de tornar mais célere o processo criminal e civil (AZUAGA; SAMPAIO, 2017).

Ainda, no que tange a Lei Maria da Penha, importante considerar que, após o advento da referida lei no ano de 2006, dispõe Azuaga e Sampaio (2017, p. 35), que houve “uma clara redução da mortalidade feminina após a vigência da lei, mas que muda de intensidade de acordo com a especificação adotada. Com o método de Regressão descontínua foi constada uma redução de aproximadamente 50% e 62% após o início da vigência da lei.”

Ademais, em 09 de março de 2015, entrou em vigência a Lei 13.104, na qual passou a prever o feminicídio, que é um crime praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, como uma qualificadora do crime de homicídio, sendo incluindo, também, para o rol dos crimes hediondos (BRASIL, 2015).

Nesse viés, Barros (2015), entende que o feminicídio pode ser definido como um ódio contra as mulheres, levando o acometimento do crime de homicídio, apenas pelas mulheres pertencerem ao sexo feminino, sendo casos de tal crime os assassinatos ocorridos em um

contexto de violência familiar, ou também como mero menosprezo pela condição de mulher e o intuito da destruição da identidade da vítima.

Portanto, é notório que, após o surgimento da Constituição Federal de 1988, que foi considerado um marco na disposição de direitos sociais, e também na garantia dos direitos das mulheres, surgiram diversas outras leis infraconstitucionais, de extrema importância e relevância, fazendo com que cada vez mais seja conquistado a equiparação em direitos entre mulheres e homens.

No entanto, em que pese os diversos avanços e regulamentações ao longo dos anos, ainda se perpetua no mundo e no Brasil diversas diferenças e mitigação de direitos às mulheres, relacionado aos dos homens, sendo imprescindível, portanto, a continuidade da criação de leis e mecanismos que garantam a proteção necessária.

2. O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E A REDUÇÃO DAS DESIGUALDADES DE GÊNERO

Conforme narram Teixeira e Splenger (2020), as desigualdades de gênero acarretam perdas e danos irreparáveis para a economia, eis que a participação feminina ativa no mercado de trabalho é de extrema importância, uma vez que o desenvolvimento econômico obtido nos últimos anos somente se sucedeu devido à participação efetiva de homens e mulheres no mercado de trabalho.

No mais, Sen (2000), aduz que ao reconhecer o papel da mulher como agente ativa na sociedade, faz com que haja uma redução drástica nas desigualdades de gênero, eis que possuem liberdades para participarem de fato na sociedade, através de trabalho, tomada de decisões, na política e em todos os setores, inclusive auxiliando no desenvolvimento econômico.

Portanto, é evidente que, quando se respeita e reconhece o devido papel da mulher na sociedade, com as mesmas condições e direitos que os homens, isso faz com que reduza as desigualdades de gênero existentes, bem como auxilia no desenvolvimento econômico como um todo.

Nesse sentido, a utilização das capacidades das mulheres gera um aumento na produtividade, conduzindo a ganhos econômicos no Brasil e no mundo, eis que ocorre a eficiência do uso dos recursos, pois se destina de forma adequada o labor feminino, de acordo com as aptidões de cada mulher, diminuindo, portanto, as perdas econômicas existentes hoje devido a má alocação de pessoas e a desigualdade de gênero (TORRES; et. al, 2017).

Sendo assim, se faz importante destacar e reconhecer que, um dos principais fatores que promovem a redução das desigualdades de gênero no país e no mundo, se faz através do

desenvolvimento econômico, da mesma forma que, a igualdade de direitos entre homens e mulheres, promove e auxilia no desenvolvimento econômico global.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme mencionado, foi através das lutas sociais e estudos sobre os direitos das mulheres que tais direitos foram integrados na sociedade, especialmente a partir da elaboração da Constituição Federal de 1988, vindo a então serem elaboradas diversas leis, normas e regramentos em prol da garantia dos direitos das mulheres inseridos na constituinte.

Assim, buscou-se evidenciar que a criação de tais mecanismos não foram criados por acaso, mas sim descenderam de diversas lutas sociais, especialmente pelas mulheres, tendo como exemplo o movimento chamado Lobby do batom.

Assim, é inevitável a extrema importância de ainda ser debatido e discutido tais questões relacionados aos direitos das mulheres, para que haja uma promoção e efetiva mudança nos dias atuais, a fins de que cada vez mais haja progresso para garantia da equidade entre homens e mulheres.

Portanto, em que pese a criação de leis que buscam garantir a paridade de gênero, após séculos de diferenciação e desigualdades, é necessário que haja a manutenção e atualização de tais leis, decretos, emendas constitucionais e políticas públicas, uma vez que tais políticas igualitárias vieram a surgir recentemente, havendo ainda muitos progressos a enfrentar, para que seja conquistada a tão utópica igualdade de gênero no país.

Diante disso, uma das soluções encontradas para conquistar a igualdade de gênero, é a associação entre o desenvolvimento econômico e a desigualdade de gênero, eis que acaba sendo um mecanismo extremamente importante nos dias atuais, uma vez que uma questão contribui significativamente com a outra, eis que, com a redução das disparidades de gênero, ocorre um desenvolvimento econômico, e vice-versa, eis que também o desenvolvimento econômico acaba por auxiliar na redução das desigualdades de gênero.

REFERÊNCIAS

AZUAGA, Feliciano L.; SAMPAIO, Breno. Violência contra mulher: O impacto da Lei Maria da Penha sobre o Feminicídio no Brasil. **XX Encontro de economia da região sul – ANPEC**. Porto Alegre, 2017. Disponível em: https://www.anpec.org.br/encontro/2017/submissao/files_l/i12-3b3af980a01298c307ee5485a1c3261e.pdf. Acesso em: 14 out. 2022.

BARROS, Francisco Dirceu. Estudo Completo do Feminicídio. 2015. **Editora Impetus**: 2015. Disponível em: <<http://www.impetus.com.br/artigo/876/estudo-completo-do-feminicidio>>. Acesso em: 06 out. 2022.

BARSTED, Leila Linhares. **A Legislação civil sobre família no Brasil**. In: As Mulheres e os Direitos Cíveis. Coletânea Traduzindo a legislação com a perspectiva de gênero. Rio de Janeiro: Cepia, 1999.

BRASIL. **Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes**. Conselho Nacional dos Direitos das Mulheres. Ministério da Justiça. Brasília, 1986. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/a-constituente-e-as-mulheres/arquivos/Constituente%201987-1988-Carta%20das%20Mulheres%20aos%20Constituintes.pdf> Acesso em 22 set. 2022.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil de 25 de março de 1824**. Rio de Janeiro, 1824. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Rio de Janeiro, 1891. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Rio de Janeiro, 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1937). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10 de novembro de 1937**. Rio de Janeiro, 1937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946**. Rio de Janeiro, 1946. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. Constituição (1967). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Brasília, DF, 1967. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL, **Decreto nº 21.076 de 24 de fevereiro de 1932**. Brasília, DF, 1932. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21076-24-fevereiro-1932-507583-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 07 nov. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 97, de 04 de outubro de 2017**. Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de nov. de 2019. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019.** Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de nov. de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm>. Acesso em 06 de out. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 de jul. de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>. Acesso em 06 de out. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.112, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 de set de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8112compilado.htm>. Acesso em 04 de out. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.930, de 06 de setembro de 1994.** Dá nova redação ao art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de set de 1994. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8930.htm> Acesso em 06 de out. 2022.

BRASIL, **Lei 9.799 de 26 de maio de 1999.** Insere na Consolidação das Leis do Trabalho regras sobre o acesso da mulher ao mercado de trabalho e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 de mai. de 1999. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9799.htm> Acesso em 12 de out. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 12.034, de 29 de setembro de 2009.** Altera as Leis nºs 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 06 de set de 1994. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm#:~:text=L12034&text=LEI%20N%C2%BA%2012.034%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202009.&text=Altera%20as%20Leis%20nos,julho%20de%201965%20%2D%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.>. Acesso em: 10 out. 2022.

MOREIRA, Venicius Meneses; ANDRADE, Pablo Regis. A mulher vista pelos direitos sociais na legislação infraconstitucional brasileira pós constituição de 1988. **Muiraquitã: Revista de Letras e Humanidades**. Tocantins, v. 8, n. 2, pág. 189-202, jul. 2020. Disponível em: < <https://periodicos.ufac.br/index.php/mui/article/view/3741/2602>>. Acesso em: 04 out. 2022.

OSORIO, Ana Dayse. Lobby do batom: conheça a história desse movimento de mulheres. **Politize!** Dezembro, 2020. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/lobby-do-batom/>>. Acesso em 22 set. 2022.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde:** uma perspectiva constitucionalista. 1ª ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2003.

PINTO, Céli Regina Jardim. **Uma história do feminismo no Brasil**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os Direitos Civis e Políticos das Mulheres no Brasil. **Consultoria Legislativa do Senado Federal**, 2008. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras. **Revista de Ciências Sociais Ponto-e-Vírgula**. São Paulo, n. 10, 2011. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910>>. Acesso em: 13 set. 2022.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski, et al. A história dos direitos das mulheres. **Politize!** Dez. 2020. Disponível em: < <https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-das-mulheres>>. Acesso em: 14 out. 2022.

TEIXEIRA, Luísa Frohlich; SPLENGER, Rafael Luis. O desenvolvimento econômico como consequência da participação feminina no mercado de trabalho. **Anais da XIV Mostra Científica do Cesa**. Rio Grande do Sul, nov. 2020. Disponível em: < <https://ojs.cesa.edu.br/index.php/mostrac/issue/archive>>. Acesso em: 12 out. 2022.

TORRES, Joseph Estrela Rodrigues *et al.* Economia da igualdade e do desenvolvimento Políticas públicas de empoderamento político das mulheres no Brasil (2008-2016). **RIL Brasília**, jul./set. 2017, p. 163-178. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/54/215/ril_v54_n215_p163.pdf>. Acesso em: 13 out. 2022.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE NATIONAL MINIMUM WAGE VALUE AND THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Luis Angelo Dallacort¹

Gabriel Dil²

RESUMO

O estudo tem como objetivo – por meio de uma revisão bibliográfica – expor, por meio da análise econômica do direito, a inconstitucionalidade do salário mínimo nacional e a impossibilidade da manutenção de uma vida digna diante do valor que se mostra insuficiente para garantir as condições mínimas de subsistência. Para isso, a pesquisa aborda conceitos sobre dignidade da pessoa humana e Direitos Fundamentais. Também, abarca a questão das grandes concentrações de renda no mundo e a pobreza que assola a parte sul do planeta. Ainda, é demonstrada a dificuldade ao acesso da justiça social dentro de um Estado capitalista. A partir disso, se evidencia a necessidade de políticas voltadas para uma maior distribuição de riquezas, além, do aumento do valor do salário mínimo para um patamar que possa garantir o mínimo de subsistência humana expressa na Constituição Federal.

PALAVRAS-CHAVE: Concentração de Riquezas. Dignidade da Pessoa Humano. Salário Mínimo.

ABSTRACT

The objective of the study - through a bibliographic review - to observe through the economic analysis of the law, the unconstitutionality of the national minimum wage and the impossibility of maintaining a dignified life before the value that is insufficient to guarantee the minimum conditions of subsistence. . For this, the research addresses concepts about human dignity and Fundamental Rights. It also encompasses the issue of high income concentrations in the world and the poverty that plagues the southern part of the planet. Still, it is difficult to access social justice within a capitalist state. From this, it is evident the need for policies aimed at a

¹Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF) com auxílio Capes. Pós-graduado em Direito do Trabalho pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogado. Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil. E-mail: luisdallacort92@gmail.com.

² Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX-CAPEs). Mestre em Direito na Área de Novos Paradigmas do Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF, com bolsa CAPES (2021). Especialista em Direito Médico pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva - CERS (2021). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2019). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2017). Advogado. E-mail: gabrieldil@icloud.com

greater distribution of wealth beyond the increase of the minimum wage value to a level that can guarantee the minimum human subsistence guaranteed in the Federal Constitution.

KEYWORDS: Concentration of Wealth. Dignity of the Human Person. Minimum wage.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo, realizar por meio de pesquisa bibliográfica, com método dedutivo, uma análise da inconstitucionalidade do salário mínimo nacional e a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, em seu corpo trouxe inúmeros direitos que a população brasileira deveria ter acesso, todavia, diante da depreciação do salário mínimo e do aumento de custo de vida, atrelado a grande concentração de renda no Brasil torna-se cada dia mais difícil a manutenção de uma vida digna.

Em um primeiro momento, será abordado o princípio da dignidade da pessoa humana como mandamento constitucional de combate à desigualdade social. Para tanto, buscar-se-á fazer uma breve construção histórica da dignidade da pessoa humana, o processo de constitucionalização desse mandamento no texto constitucional de 1988 e a íntima relação desse com a construção de uma sociedade democrática. Também serão abordadas as dificuldades na concretização da dignidade da pessoa humana no Brasil em decorrência da inexistência de políticas públicas sérias e de governantes interessados em satisfazer seus interesses, privando o povo do acesso as condições a uma vida justa e digna.

No segundo capítulo, será realizada, ainda que de forma breve, uma análise das desigualdades sociais e a concentração de riquezas. Através de dados coletados em relatórios, serão demonstradas as grandes concentrações de renda no mundo e as dificuldades da sociedade capitalista em promover justiça social, evidenciando como o sul do globo sofre mais com a pobreza do que os países nórdicos. Além disso, será demonstrado que essa desigualdade tem se acentuado ainda mais, ocasionando o aprofundamento das desigualdades sociais, e como a ausência de políticas que visem a redistribuição de renda é um dos motivos que agravam o desequilíbrio social e que aumentam a concentração de riquezas.

O terceiro capítulo, será dedicado a inconstitucionalidade do valor do salário mínimo e a violação do princípio da dignidade da pessoa humana. Será demonstrado que o acesso ao mínimo existencial é termo inicial para que se tenha uma vida digna, todavia, diante da desvalorização do salário mínimo torna-se difícil ter acesso a esse mínimo existencial que outrora foi constitucionalizado. Também será destacado que a remuneração da população brasileira não condiz com o PIB da nação, evidenciando assim a existência de uma alta concentração de riquezas nas mãos de poucas pessoas, e de dificuldade em milhares de lares brasileiros implicando na diminuição da qualidade de vida e degradação do equilíbrio social.

1.0 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO MANDAMENTO CONSTITUCIONAL DE COMBATE À DESIGUALDADE SOCIAL

A temática da dignidade da pessoa humana está intrinsecamente ligada aos Direitos Humanos e Fundamentais, uma vez que é contemplada como uma referência constitucional unificadora de todos os direitos³.

Para tanto, faz-se necessário esboçar ainda de maneira simplificada a distinção dos termos Direitos Humanos e Direitos Fundamentais. Ainda que, estes termos sejam usados como sinônimos, a explicação mais corriqueira é que os Direitos Fundamentais são aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados no direito constitucional positivo dos Estados. No tocante a expressão Direitos Humanos, essa guarda relação com os documentos de direito internacional, uma vez que são reconhecidos para todos os seres humanos, aspirando uma validade universal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, revelando um claro caráter supranacional⁴.

Embora sejam classificados como universais, muitas vezes, esses direitos, acabam não sendo aplicados ou aplicados de forma parcial, expondo as sociedades a condições de vida precárias as que afetam a dignidade da pessoa humana.

A dignidade da pessoa humana é antes de mais nada o reconhecimento do ser humano como um portador de direitos, um ser único, detentor de valores e de necessidades intrínsecas a sua existência. Em decorrência disso, “o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo”⁵

O ideal de dignidade da pessoa humana é antigo, foi dotado de várias configurações e acabou se tornando um preceito constitucional diante das violações ocorridas na Segunda Guerra Mundial, tendo a Lei Fundamental Alemã, de 1949, como a pioneira na transição da dignidade humana como valor filosófico-teológico para textos juridicamente vinculativos⁶. Conforme leciona Sarlet⁷ a dignidade da Pessoa Humana se define como

³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984, p. 70.

⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018, p. 29.

⁵ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 37.

⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, Ano 6, n. 2, p. 83-97 jul./dez. 2013, p. 84.

⁷ SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

Qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

A Constituição Brasileira⁸ de 1988 dispôs em seu artigo 1º que República Federativa do Brasil tem como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Deste modo é necessário que o Estado adote políticas públicas capazes de concretizar e efetivar essa dignidade pois é o “Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o ser humano constitui finalidade principal, e não meio da atividade estatal”⁹

Para Häberle¹⁰, uma Constituição que traz no seu corpo, logo no início a questão da dignidade humana expondo-a como um de seus fundamentos, deve se preocupar com essa dignidade, já que assume esse compromisso a si própria ao prever textualmente a dignidade humana.

Como destacado, a Carta Magna Brasileira, traz como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Além do artigo primeiro esse fundamento também pode ser encontrado em outros três artigos do texto constitucional, os artigos 226, 227 e 230, os quais versam sobre o planejamento familiar, o dever da família, da sociedade e do Estado em assegurar à criança e aos adolescentes o direito à vida bem como elementos para a concretização desta, tais quais alimentação, educação entre outros, e o último, o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade e a defesa da sua vida com dignidade e bem-estar¹¹.

Todos esses dispositivos encontrados na Constituição evidenciam a preocupação do constituinte em enfrentar as problemáticas da sociedade e buscar maneiras de solucionar os problemas sociais. Embora, essas soluções esbarram em inúmeras problemáticas para a sua efetivação, já que por inúmeras vezes o Estado Brasileiro viola garantias constitucionais e Direitos Fundamentais que outrora foram constitucionalizados, evidenciando assim um total descaso com sua população

⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 nov. 2022.

⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, p. 80.

¹⁰ HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 49.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**, 2003, p. 87.

Nesse sentido, quando se fere um direito fundamental, fere-se também a dignidade da pessoa humana, atingindo-se sua condição enquanto ser de direito e detentor de direitos sociais. Para Sarlet¹²

[...] o que se percebe, em última análise, é que onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.

O Estado Brasileiro é pautado por inúmeras dificuldades sociais, fruto de uma miscigenação de culturas e costumes diferentes e tendo a escravidão como uma forma predominante de trabalho por muitos anos. Ainda não conseguiu superar todas as diferenças sociais e econômicas. Conquanto, na atualidade, o Brasil figure como umas das grandes potências mundiais, as desigualdades ainda são amplas e o acesso a determinados direitos fundamentais ainda é escasso. Nesse cenário, várias políticas públicas foram intentadas com o escopo de reduzir essa enorme diferença social, todavia, ainda falta muito para essa disparidade entre povos ser suprimida.

Efetivar a dignidade da pessoa humana vai muito além de dar o acesso às condições básicas necessárias para a sua existência, mas é sim dar a todo cidadão, o direito de se sentir pertencente àquela sociedade. É necessário conceder a dignidade, de modo igual a todas as pessoas, desde o nascimento, uma vez que ela é um dos elementos de identidade de um povo e legitima a igualdade natural de todos os indivíduos¹³.

Somente por meio de uma sociedade democrática é que será possível se ter a dignidade da pessoa humana. A Democracia, que encontra seu fundamento no homem somente pode ser vislumbrada num Estado que constitucionalize políticas voltadas à concretização da dignidade, impondo o respeito e a igualdade a todas as mulheres e homens, respeitando a singularidade de cada pessoa e reconhecendo-a como um ser universal detentor de direitos. Com o acolhimento desse princípio, o Estado é obrigado a adotar políticas públicas inclusivas para que todos possam ter acesso aos bens e serviços, possibilitando serem parte ativa no processo socioeconômico e cidadão¹⁴.

Ainda que o texto constitucional brasileiro tenha como um de seus fundamentos o princípio da dignidade da pessoa humana, ainda existe um longo caminho a ser percorrido para a total

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. p. 59

¹³ SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo**. Ijuí: Unijuí, 2003, p.122.

¹⁴ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

concretização deste, na sociedade brasileira. Em que pese, políticas públicas tenham sido criadas no decorrer do Estado democrático brasileiro, inaugurado em 1988, após um período de ditadura militar, ainda assola no país um grande esquema de corrupção e de má gestão dos recursos do Estado. Atrelado ao cenário de corrupção massiva, os governantes eleitos pelo povo parecem esquecer suas obrigações e passam a trabalhar em seu proveito e de grandes corporações mundiais, deixando a população viver a utopia constitucional de uma vida mais digna e humana, agravando ainda mais as desigualdades sociais e a concentração de riquezas.

2. UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DAS DESIGUALDADES SOCIAIS E DA CONCENTRAÇÃO DE RIQUEZAS

De acordo com um estudo realizado pelo World Institute for Development Economics Research da Universidade das Nações Unidas foi constatado que “o 1% mais rico de adultos possuía 40% dos bens globais em 2000, e que os 10% mais ricos respondiam por 85% do total da riqueza do mundo”¹⁵. A desigualdade posta em números evidencia a falência da sociedade capitalista em promover justiça social. Além disso, o Sul do globo terrestre sofre mais com a pobreza do que os países nórdicos, uma vez que o Norte combate e isola qualquer pretensão sulista de se desenvolver e se destacar internacionalmente¹⁶.

A luta do Sul do globo contra a pobreza, a desigualdade social e as relações desiguais no comércio internacional está intimamente ligada à supremacia do Norte com o seu modelo de desenvolvimento social e estilo de vida, que incorre também em degradação ambiental¹⁷. No entanto, embora os Estados Unidos da América ostente números menores de pobreza extrema do que o Brasil, também há concentração de riquezas e disparidade social, em que o rico fica cada vez mais rico e o pobre cada vez mais pobre¹⁸.

Essa desigualdade tem se acentuado ainda mais, de acordo com um estudo do Gabinete do Orçamento do Congresso dos Estados Unidos em que foi constatado que “a renda média dos 50% na base da escala cresceu 6%, enquanto a renda do 1% no topo cresceu 229%”¹⁹. No Brasil, com o enfraquecimento das políticas sociais, a concentração de riquezas tende a aumentar, seguindo o fluxo internacional. O aprofundamento das desigualdades sociais também

¹⁵ BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2015. p. 09.

¹⁶ ESTENSSORO, Fernando. **A Geopolítica Ambiental Global do Século 21: os desafios para a América Latina**. Ijuí: Editora Unijuí, 2019. p. 155.

¹⁷ ESTENSSORO, Fernando. **A Geopolítica Ambiental Global do Século 21: os desafios para a América Latina**. p. 155.

¹⁸ BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** p. 20.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** p. 21.

se evidencia no fato de que três pessoas no mundo possuem a soma da renda dos 48 países mais pobres, e que a fortuna de 225 pessoas equivale a soma de riquezas de 2.500 milhões de seres humanos²⁰.

O desequilíbrio social e a concentração de riquezas impedem o acesso a direitos humanos básicos para se viver com o mínimo de dignidade e têm seus efeitos bastante evidentes no Brasil. O Rio Grande do Sul, um dos estados brasileiros com maior PIB, também expõe uma realidade desigual. A pobreza experimentada por grande parcela dos gaúchos, vem crescendo consideravelmente nos últimos anos. Em outras palavras, um elevado Produto Interno Bruto (PIB) não é sinônimo de desenvolvimento humano. O fato de haver concentração de riquezas e acúmulo de renda não indica bem-estar social²¹.

A avaliação de sucesso ou fracasso da sociedade é comumente baseada em estatísticas do PIB²². O que tem se apresentado como um completo equívoco, uma vez que o PIB é insuficiente para avaliar se uma sociedade é socialmente desenvolvida, ou não, em razão de que não leva em consideração os níveis de bem-estar experimentados pelos cidadãos, se baseando somente em números de mercado.

O grave problema da pobreza no Rio Grande do Sul é o maior indicador de que um PIB elevado não é símbolo de desenvolvimento social²³. Nesse sentido, Amartya Sen “faz uma crítica às abordagens tradicionais de desenvolvimento, que desconsideram a multidimensionalidade da pobreza e dos aspectos que a geram”²⁴. Há que se avaliar o desenvolvimento a partir de critérios mais amplos, que levem em consideração a qualidade de vida das pessoas e as suas liberdades.

O Brasil é historicamente um dos países mais desiguais da World Wealth and Income Database²⁵ e ostenta severa concentração de riquezas. O Produto Interno Bruto brasileiro *per*

²⁰ MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick. **Cómo vivir en tiempos de crisis**. Barcelona: Icaria Editorial, 2011. p. 39.

²¹ FRITZ, Karen Beltrame Becker Fritz; KUHN, Daniela Dias; COSTA, Ana Monteiro; MATTOS, Ely José; GIANLUPPI, Luciana Dal Forno. **Pobreza no Rio Grande do Sul: a heterogeneidade revelada pela abordagem das capacitações nos municípios gaúchos**. 2014. p. 02. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/pgdr/publicacoes/producao textual/paulo-waquil/kuhn-d-waquil-p-d-costa-a-m-mattos-e-fritz-k-gianluppi-l-pobreza-no-rio-grande-do-sul-a-heterogeneidade-revelada-pela-abordagem-das-capacitacoes-nos-municipios-gauchos-teoria-e-evidencia-economica-passo-fundo-rs-v-14-n-26-p-113-134-2006>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²² BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008. p. 88.

²³ FRITZ, Karen Beltrame Becker Fritz; KUHN, Daniela Dias; COSTA, Ana Monteiro; MATTOS, Ely José; GIANLUPPI, Luciana Dal Forno. **Pobreza no Rio Grande do Sul: a heterogeneidade revelada pela abordagem das capacitações nos municípios gaúchos**. p. 03.

²⁴ FRITZ, Karen Beltrame Becker Fritz; KUHN, Daniela Dias; COSTA, Ana Monteiro; MATTOS, Ely José; GIANLUPPI, Luciana Dal Forno. **Pobreza no Rio Grande do Sul: a heterogeneidade revelada pela abordagem das capacitações nos municípios gaúchos**. p. 04.

²⁵ SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. **A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013**. Tese de doutorado. Universidade de Brasília. Brasília, Distrito Federal, 2016. p. 249. Disponível em: https://repositorio.unb.br/bitstream/10482/22005/1/2016_PedroHerculanoGuimar%C3%A3esFerreiradeSouza.pdf. Acesso em: 20 nov. 2022.

capita aumentou 12 vezes ao longo de nove décadas, mas esse fato não resultou em desenvolvimento social. A desigualdade social somente aumentou e não foi atenuada pelo crescimento do PIB. O “bolo” econômico cresceu, mas não foi dividido entre a população²⁶.

A ausência de políticas sociais que visem a redistribuição de renda é um dos motivos que agravam o desequilíbrio social e que aumentam a concentração de riquezas. A implementação de programas governamentais de redistribuição de recursos sobre a parcela mais pobre da população pode gerar efeitos positivos na sociedade²⁷. O Benefício de Prestação Continuada (BPC) e o Bolsa Família, por exemplo, são programas sociais de redistribuição governamental que têm servido para reduzir o número de famílias em situação de extrema pobreza²⁸. Porém, tais programas abrangem uma parcela muito pequena da população e necessitam de outras medidas conjuntas para que possam ensejar maiores efeitos.

Para fazer jus ao recebimento do BPC, o beneficiário tem que ser idoso com 65 anos ou mais, ou pessoa com deficiência que comprove não ter condições de prover a própria manutenção, nem a ser provida pela família²⁹. Por outro lado, o Auxílio Brasil tem como beneficiárias as famílias em situação de pobreza ou extrema pobreza.

Todavia, o sistema brasileiro de redistribuição de riquezas não tem se mostrado eficiente, uma vez que os poucos programas existentes acabam por atender reduzida parcela da população. Além disso, a ausência de consciência de classe dos brasileiros prejudica o desenvolvimento social, uma vez que são eleitos líderes que só trabalham para as elites e que ignoram as desigualdades sociais. A classe média brasileira não milita por justiça social, bem como não tem apostado em candidatos que ostentem um discurso de igualdade, pois acreditam – de forma equivocada – estarem mais próximos das elites do que dos pobres. Nesse sentido, Jessé Souza tece críticas ao comportamento dos brasileiros no que tange a realidade da sociedade³⁰:

A realidade social não é visível a olho nu, o que significa que o mundo social não é transparente aos nossos olhos. Afinal, não são apenas os músculos dos olhos que nos permitem ver, existem ideias dominantes, compartilhadas e repetidas por quase todos, que, na verdade, “selecionam” e “distorcem” o que os olhos veem, e “escondem” o que não deve ser visto. O leitor pode se perguntar: mas por que alguém faria isso? Por que existiria o interesse em esconder, distorcer ou, como dizemos na vida cotidiana, o interesse em “mentir” sobre como o mundo social realmente é? Ora, como diria o

²⁶ SOUZA, Pedro Herculano Guimarães Ferreira. A desigualdade vista do topo: a concentração de renda entre os ricos no Brasil, 1926-2013. p. 205.

²⁷ ARAUJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. 2017, v. 25, n. 63. p. 161. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v25n63/0104-4478-rsocp-25-63-0159.pdf>. Acesso em 22 nov. 2022.

²⁸ ARAUJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. p. 162.

²⁹ ARAUJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. p. 162.

³⁰ SOUZA, Jessé. **A tolice da inteligência brasileira**: ou como o país se deixa manipular pela elite. Rio de Janeiro: Editora LeYa, 2018. p. 09.

insuspeito Max Weber, os ricos e felizes, em todas as épocas e em todos os lugares, não querem apenas ser ricos e felizes. Querem saber quem têm “direito” à riqueza e felicidade. Isso significa que o privilégio – mesmo que flagrantemente injusto, como o que se transmite por herança – necessita ser “legitimado”, ou seja, aceito mesmo por aqueles que foram excluídos de todos os privilégios. [...] Isso significa que os privilégios injustos de hoje não podem “aparecer” como privilégio, mas sim como, por exemplo, “mérito pessoal” de indivíduos mais capazes, sendo, portanto, supostamente justificável e merecido. É isso que faz com que o mundo social seja sistematicamente distorcido e falseado.

Outrossim, a herança colonialista deixada aos brasileiros faz com que o inconsciente coletivo nacional reproduza as desigualdades na ilusão de que, com justiça social se estaria abrindo mão dos próprios privilégios. A manutenção da pobreza e a consequente concentração de riquezas são frutos de uma sociedade que desconhece a sua própria posição social.

3. A INCONSTITUCIONALIDADE DO VALOR DO SALÁRIO MÍNIMO NACIONAL E A VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O direito do trabalhador em receber um salário digno se encontra na Constituição da República Federativa do Brasil promulgada em 1988, bem como constitui um direito social efetivador da dignidade da pessoa humana. Há previsão constitucional expressa deste direito. O acesso ao mínimo existencial, que consiste em moradia digna, alimentação, segurança e saúde, por todos os cidadãos é termo inicial para que se tenha dignidade e, consequentemente, felicidade. O respeito às garantias constitucionais e o reconhecimento das diferenças são elementos que contribuem para o fortalecimento da democracia e do desenvolvimento humano, e também são requisitos basilares para que se combata a concentração de riquezas.

Nesse sentido, quando se está a analisar o acesso a direitos fundamentais dentro de um Estado capitalista, deve-se ter em mente que o valor do salário mínimo interfere fortemente na fruição desses direitos. Insta salientar que o texto constitucional, quando trata dos direitos sociais, especificamente no artigo 7º, inciso IV, discorre que o salário mínimo deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”³¹. Ainda, constata-se que a constitucionalidade do salário mínimo está condicionada a possibilidade do valor fixado garantir ao trabalhador todos esses direitos elencados acima.

Em análise ao Decreto nº a Lei nº 14.358, é possível verificar que, no ano de 2022, o salário mínimo foi fixado em R\$ 1212,00 (mil duzentos e doze reais) e que indica uma grave inconstitucionalidade no seu valor, uma vez que o poder aquisitivo deste montante não é

³¹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 02 dez. 2019.

suficiente para garantir o mínimo existencial ao cidadão brasileiro³², bem como vai de encontro ao disposto na Constituição Federal.

Outrossim, o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos divulgou uma tabela relacionando o valor atual do salário mínimo com o valor que seria necessário e ideal para se garantir os direitos básicos do trabalhador. Nesta planilha, é indicado que o salário mínimo para o mês de agosto de 2022, deveria ser de R\$ 6.306,97 (seis mil trezentos e seis reais com noventa e sete centavos³³, evidenciando a distância entre o valor decretado pelo Poder Executivo e a realidade experimentada pelos brasileiros.

Além disso, embora o valor do salário mínimo estabelecido em 2022 seja o maior da história, observa-se que o mesmo se mantém em “patamar próximo ao registrado nos últimos três anos”, no que concerne a quantidade de cestas básicas possíveis de se adquirir com o montante de um salário. No ano de 2019, era possível realizar a compra de 2,12 cestas básicas com um salário mínimo, já em 2022 o valor da cesta básica consome 55% do valor do salário mínimo³⁴.

Dessa forma, com a desvalorização do salário mínimo, houve uma piora das condições de vida da população brasileira, de acordo com a pesquisa realizada pelo IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, em que entre os anos de 2016 e 2017, houve um aumento da pobreza de 25,7% para 26,5%, respectivamente³⁵. O aumento da pobreza é sintoma social grave provocado pelo afastamento da política de valorização do salário mínimo, fazendo com que o seu valor seja incapaz de satisfazer as demandas básicas do trabalhador.

Ademais, a constante e necessária valorização do salário mínimo visa atingir dois objetivos fundamentais, que consistem em: a) atacar o problema representado pela pobreza extrema; e b) diminuir o grau de desigualdade na distribuição de renda³⁶. Essa política atualmente desrespeitada foi resultado das “Marchas a Brasília” entre os anos de 2004 e 2009 e expressou ganhos sociais significativos no combate à pobreza extrema. Por outro lado, a força

³² BRASIL. **Lei nº 14.358**, de 1º de junho de 2022. Dispõe sobre o valor do salário-mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14358.htm. Acesso 14 nov. 2022.

³³ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos e o salário mínimo nominal e necessário**. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

³⁴ DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos e o salário mínimo nominal e necessário, 2022. Disponível em:

³⁵ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). **Síntese de Indicadores Sociais: Uma análise das condições de vida da população brasileira**. 2018. p. 57. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>. Acesso em: 20 nov. 2022.

³⁶ AFONSO, Luís Eduardo; PEREDA, Paula Carvalho; GIAMBIAGI, Fabio; FRANCO, Samuel. O salário mínimo como instrumento de combate à pobreza extrema: estariam esgotados os seus efeitos? Revista Economia Aplicada. v. 15, n. 4, p. 562. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecoa/v15n4/03.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

desta valorização foi diminuindo³⁷. A economia brasileira só tende a perder com essa desvalorização, uma vez que o salário mínimo implica no poder de compra do consumidor que afeta diretamente o mercado. Igualmente, o salário mínimo deve ser visto como um instrumento de busca de um patamar civilizatório capaz de atender as necessidades da maioria dos brasileiros³⁸.

A desvalorização do salário mínimo se afasta cada vez mais do preceito constitucional que o sustenta, que é garantir o acesso aos bens e serviços essenciais para que se tenha uma vida digna. Obstado o poder aquisitivo do cidadão, há redução na qualidade de vida e degradação do equilíbrio social, incorrendo no aumento da criminalidade e da violência. Embora o Brasil ostente um alto PIB (produto interno bruto) ainda é um dos países mais desiguais do planeta. A baixa remuneração do trabalhador não condiz com o PIB brasileiro e evidencia grave concentração de riquezas que, até então vinha sendo combatida pela valorização do salário mínimo.

O direito do trabalhador ao recebimento de um salário digno como resultado da sua força de trabalho é condição primária para a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao realizar o presente estudo, buscou-se construir um pensamento com base na análise econômica do Direito, sobre a inconstitucionalidade do salário mínimo nacional e a dignidade da pessoa humana. Frente ao aumento do custo de vida registrado no Brasil nos últimos anos e a lenta majoração do valor mínimo do salário, muitas pessoas deixam de ter acesso as bens e serviços fundamentais para sua existência, tais quais a água, saúde, alimentação e educação, impossibilitando a concretização de uma vida respeitável.

A Constituição Federal de 1988, no artigo 7º, inciso IV, discorre que o salário mínimo deve ser “capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, todavia esse artigo é abruptamente violado no Brasil.

Diante da elevada concentração de riquezas e a desvalorização do salário mínimo, que cada vez mais se distancia do preceito constitucional, o acesso aos bens e serviços essenciais para a concretização de uma vida digna são retirados da população. Em decorrência, milhares de

³⁷ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Política de valorização do salário mínimo: depois de 20 anos, reajuste fica abaixo da inflação, 2017.

³⁸ Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. Política de valorização do salário mínimo: depois de 20 anos, reajuste fica abaixo da inflação, 2017.

peças entram em situação de vulnerabilidade social, sendo expostas a condições que violam sua dignidade e sua posição de sujeito de direito.

O contraponto desse retrocesso, ocorre quando é analisado o PIB Brasileiro, um dos maiores do mundo, demonstrando que desenvolvimento e crescimento são antagônicos. Ainda que sejam registrados expressivos números de crescimento econômico também são registrados dados alarmantes sobre as condições de vida da população, evidenciando assim a necessidade uma maior distribuição de renda e de uma maior efetividade dos Direitos Fundamentais.

Contudo, vislumbra-se a necessidade de políticas públicas voltadas a efetividade do texto constitucional e uma maior distribuição de renda, cabendo aos governantes criarem mecanismos que possibilitem um alcance a todos os brasileiros, de condições mínimas para sua existência, fazendo com que a Carta Magna deixe de ser utopia para ser realidade.

REFERÊNCIAS

AFONSO, Luís Eduardo; PEREDA, Paula Carvalho; GIAMBIAGI, Fabio; FRANCO, Samuel. O salário mínimo como instrumento de combate à pobreza extrema: estariam esgotados os seus efeitos? **Revista Economia Aplicada**. v. 15, n. 4, p. 562. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ecoa/v15n4/03.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

ARAUJO, Victor; FLORES, Paulo. Redistribuição de renda, pobreza e desigualdade territorial no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**. 2017, v. 25, n. 63. p. 161. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v25n63/0104-4478-rsocp-25-63-0159.pdf>. 14 nov. 2022.

BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). In: BARROSO, Luís Roberto. **A Nova Interpretação Constitucional**: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BAUMAN, Zygmunt. **A riqueza de poucos beneficia todos nós?** Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2015.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 14.358, de 1º de junho de 2022**. Dispõe sobre o valor do salário-mínimo a vigorar a partir de 1º de janeiro de 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2022/lei/L14358.htm. Acesso 14 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa anotada**. Coimbra: Coimbra Ed., 1984.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). **Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos e o**

salário mínimo nominal e necessário. 2022. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>. Acesso em: 02 nov. 2022.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS. **Política de valorização do salário mínimo: depois de 20 anos, reajuste fica abaixo da inflação (INPC).** Nota técnica 166 de janeiro de 2017. p. 03. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2017/notaTecsalariomínimo2017.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da Dignidade: ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. A dignidade da pessoa humana na Constituição Federal de 1988 e sua aplicação pelo Supremo Tribunal Federal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, Brasília, Ano 6, n. 2, p. 83-97 jul./dez. 2013.

MORIN, Edgar; VIVERET, Patrick. **Cómo vivir en tiempos de crisis.** Barcelona: Icaria Editorial, 2011.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. **Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos**, [S.l.], n. 2, p. 49-67, dez. 2001. Disponível em: <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/29>>. Acesso em: 14 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2018.

SARLET, Wolfgang Ingo. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SIDEKUM, Antônio. **Alteridades e Multiculturalismo.** Ijuí: Unijuí, 2003.

AS SANÇÕES PREMIAIS COMO MECANISMOS DE INDUÇÃO AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS JOGOS

SANCTIONS AWARDS LIKE MECHANISMS OF INDUCTION TO SUSTAINABLE DEVELOPMENT FROM THE PERSPECTIVE THEORY OF GAMES

Beatriz da Rosa Guimarães

RESUMO

A globalização posicionou o desenvolvimento como alvo principal dos atores econômicos, que buscam a maximização, a qualquer custo, dos lucros e dos benefícios pessoais em detrimento do cuidado com os recursos naturais finitos disponíveis, o que provocou grande dificuldade na compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente. A presente pesquisa buscou verificar se, a partir da Análise Econômica do Direito, sobretudo da Teoria dos Jogos, é possível a utilização das sanções premiais como estímulos do Estado para que os atores econômicos optem por decisões que promovam o desenvolvimento ecologicamente sustentável. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo para examinar e refletir de forma crítica e explicativa acerca das informações obtidas através da pesquisa bibliográfica. Verificou-se que é viável que o Direito, a partir das sanções premiais, imponha limites e estimule as decisões que promovam a cooperação rumo ao desenvolvimento sustentável.

PALAVRAS-CHAVE: Desenvolvimento. Meio ambiente. Sanções premiais. Sustentabilidade. Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

Globalization process has made development the main target of economic actors, who seek to maximize, at any cost, profits and personal benefits, to the detriment of caring for the finite natural resources available, which has caused great difficulty in making economic development compatible with environmental preservation. This research, based on Law & Economics, especially on Game Theory, aims to verify whether it is possible to use rewards as incentives so that economic players opt for decisions that promote ecologically sustainable development. In order to do so, deductive method was used to critically examine the information obtained through bibliographical research. It has been verified that it is feasible for Law to impose, through the use of incentives, limits and stimulate decisions that promote cooperation towards sustainable development.

KEYWORDS: Development. Environment. Game Theory. Rewards. Sustainability.

INTRODUÇÃO

A globalização, com a internacionalização do mundo capitalista e a evolução das tecnologias, posicionou a ideia de desenvolvimento como interesse e alvo principal dos atores econômicos e, conseqüentemente, ocasionou o aperfeiçoamento dos mecanismos através dos quais se realiza a exploração de recursos naturais, com o intuito de se extrair diferentes riquezas em grande escala e se obter cada vez mais lucros, tendo como principal objetivo a maximização dos benefícios pessoais.

Desde então, observa-se ao longo dos anos, por meio dos inúmeros desastres ambientais noticiados, como o rompimento da barragem em Brumadinho e os incêndios no Pantanal, a dificuldade na compatibilização do desenvolvimento econômico com a preservação do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que demanda uma mudança de abordagem, através do diálogo entre diferentes campos do conhecimento, uma vez que os atuais instrumentos se mostram insuficientes para a concretização de um modelo de desenvolvimento que priorize e garanta a proteção do meio ambiente para as presentes e futuras gerações.

Assim, em um primeiro momento, será realizada a análise da sustentabilidade como novo paradigma, considerando suas diferentes dimensões e buscando diferenciá-la conceitualmente do desenvolvimento sustentável, com o intuito de evitar confusões terminológicas ao longo da pesquisa e a utilização vazia de termos tão importantes. Posteriormente, será feita a introdução e o estudo da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos, com o propósito de, por fim, promover a investigação das sanções premiais como mecanismos de indução de comportamentos compatíveis com o desenvolvimento sustentável.

Por meio de um panorama que leve em conta a Economia e o Direito, sobretudo no âmbito da Análise Econômica do Direito, busca-se, portanto, verificar se, a partir da Teoria da Escolha Racional e da Teoria dos Jogos, é possível a utilização das sanções premiais como estímulos do Estado para que os atores econômicos optem por decisões que promovam o desenvolvimento ecologicamente sustentável e, conseqüentemente, caminhem rumo à sustentabilidade como um paradigma real e efetivo. Para isso, o método utilizado será o dedutivo, a fim de examinar e refletir de forma crítica e explicativa acerca das informações que serão obtidas através da pesquisa bibliográfica.

1. A SUSTENTABILIDADE COMO UM NOVO PARADIGMA E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

O processo de globalização, sobretudo sob seu aspecto econômico, através da ruptura das antigas formas de relações transfronteiriças e da internacionalização do mundo capitalista liberal, contribuiu para o desenvolvimento da ideia de uma sociedade global, marcada por uma maior exclusão econômica e sociopolítica dos menos favorecidos e pelas incertezas típicas de uma sociedade em constante transformação, além de ter colaborado para a devastação ambiental, especialmente no que diz respeito ao esgotamento dos recursos naturais¹.

Uma vez que as relações no sistema capitalista são caracterizadas por relações de poder e de exploração², observa-se que a lógica capitalista de acumulação de riquezas e de dominação da natureza eliminou da Economia a percepção de que é essencial garantir um mínimo à existência de todos, ataca-se o planeta no ar, no solo, no subsolo, nos oceanos, nas florestas, em todas as partes onde se possa arrancar algo lucrativo, sem que sequer se pense na questão da recuperação ou restauração ambiental.

Essa lógica modificou não apenas a relação humana com o meio ambiente, em razão da escassez de recursos, da extinção de espécies e da destruição de ecossistemas, mas também a própria relação entre os agentes sociais e o convívio em sociedade. As desigualdades econômicas, estruturais e sistêmicas estão cada vez mais acentuadas, a educação de qualidade é inacessível para grande parte da população, as pessoas estão cada vez mais individualistas, o consumo desenfreado é representado como fonte de felicidade e o que importa é ganhar dinheiro a qualquer custo, caracterizando até mesmo um adoecimento psicológico e espiritual dos seres humanos.

A globalização e, por conseguinte, o processo de transnacionalização tornam os conflitos sociais e a assimetria das relações cada vez mais complexas, especialmente a partir da confrontação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento. Assim, determinados países periféricos e sua população são continuamente marginalizados por um sistema que não permite que suas necessidades mais urgentes se transformem em demanda, caracterizando a exclusão civilizatória de inúmeras pessoas, principalmente por aspectos econômicos e culturais³.

O capitalismo marca, portanto, a ruptura dos limites existentes na relação entre a sociedade e a natureza, e também a exploração conjugada com a dominação, que se baseou, e pode-se dizer que ainda se baseia, na escravidão, no extermínio de povos e na subjugação de

1 TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020.

2 ESTENSSORO, Luis. **Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina**. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

3 ESTENSSORO, Luis. **Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina**. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

culturas. Percebe-se que o desenvolvimento nos moldes do capitalismo atual envolve a posição de superioridade de uns sobre outros, para se falar em um país desenvolvido este deve se servir de um país subdesenvolvido, intensificando as relações de desigualdade, inclusive no que concerne ao acesso aos recursos naturais, já que países menos desenvolvidos não possuem disponibilidade econômica que lhes permita se adaptar aos impactos climáticos e/ou catástrofes ambientais.

Nesse contexto das crises, das preocupações sociais, econômicas e ambientais compartilhadas pela comunidade internacional se evidencia a falta de capacidade para a realização de uma ação coletiva dentro de uma sociedade de caráter individualista. Em outras palavras, tem-se dificuldade para organizar uma aliança de cuidado com a vida existente dentro do planeta Terra.

Pode-se dizer que se está diante de um momento onde se faz necessária uma transição paradigmática, a partir da adoção de um novo critério sistêmico (por caracterizar uma visão articulada de diversos fatores, como modos de consumo, ciências e saberes) de racionalidade epistemológica para a resolução de problemas e conflitos do próprio funcionamento da sociedade. A sustentabilidade tem sido uma aposta de novo paradigma em resposta às crises existentes e aos riscos transnacionais resultantes do fenômeno da globalização e do agir da sociedade⁴.

O termo sustentabilidade, embora muito utilizado em discussões e pesquisas científicas, ainda não possui um consenso em relação ao seu conceito, sendo regularmente utilizado como sinônimo de desenvolvimento sustentável, não obstante sejam conceitos diversos, como posteriormente se demonstrará. A interpretação desse termo é diversa e por isso deve ser reconhecida a existência de vários sentidos de utilização. Em outras palavras, muito embora reiteradamente se interprete o conceito de sustentabilidade baseado em um viés ambiental/ecológico, a sustentabilidade possui diversas dimensões, sendo necessária uma compreensão coerente do seu significado.

Grande parte dos estudos trata a sustentabilidade de forma isolada enquanto a sustentabilidade é, na verdade, um fenômeno multidisciplinar. Apenas uma visão que abranja as diversas áreas do conhecimento científico é que pode fornecer uma compreensão suficientemente ampla e compatível com a dimensão do desafio que ela representa. Portanto, questões demasiadamente complexas exigem olhares distintos e complementares para promover respostas às dificuldades enfrentadas na atualidade, por este motivo, propõe-se analisar a sustentabilidade principalmente a partir do seu tripé ambiental, econômico e social.

4 CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí, v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6712>. Acesso em: 02 nov. 2022.

Conforme já foi abordado, a globalização econômica, com o consequente desenvolvimento do capitalismo nos moldes atuais, levou a um processo de intensa degradação do planeta, gerando uma ameaça à existência das futuras gerações. A humanidade se defrontou com a realidade: o “arsenal natural” é finito e está sujeito à escassez. Assim, preliminarmente, a sustentabilidade emerge com a finalidade de conciliar o desenvolvimento, sobretudo o econômico, com a proteção e a preservação do meio ambiente, de forma que “a sociedade precisa crescer atentando para a manutenção de forma perdurável dos recursos naturais ambientais sobre os quais descansa a exploração econômica”⁵.

Logo, verifica-se que o termo sustentabilidade, em um primeiro momento, remete imediatamente à questão ambiental/ecológica. No entanto, embora o seu significado seja proeminente da Ecologia, a sustentabilidade deve ser vista além desta dimensão, a partir de um caráter multifacetário que agrega aspectos diversificados, tais como o meio ambiente, as pessoas, a ordem jurídica e a econômica, as tecnologias etc.

O paradigma da sustentabilidade visa a transformação e a manutenção da vida, em suas múltiplas concepções, diante da pluralidade de crises multifacetárias, abarcando como insustentável desde a deterioração ambiental até a pobreza, a exclusão social, as injustiças, a dominação cultural e econômica, etc⁶. No âmbito internacional, para Canotilho, “a sustentabilidade mostra-se como um vetor essencial na política das relações entre os Estados, citando como exemplos a Convenção sobre as mudanças climáticas, a Convenção sobre a biodiversidade e a Convenção sobre o patrimônio cultural”⁷.

Por conseguinte, mais uma vez se reitera que a sustentabilidade deve ser construída a partir de perspectivas diferentes, incluindo-se particularidades e variáveis como as ecológicas, sociais, econômicas e jurídicas, num contexto de comunicação entre os sistemas, de forma que, apesar das características individuais de cada dimensão, a sustentabilidade seja tratada levando em consideração esses fatores conjuntamente e de tal maneira que seu conceito seja de fato compreendido com clareza e diferenciado do conceito de desenvolvimento sustentável, tendo em vista que se trata de dois termos que não se confundem e que não devem ser banalizados pelo seu uso indiscriminado em discursos vazios.

Las palabras sirven para definir conceptos, pero a veces se usan para ocultarlos, para distraerlos sobre su autentico significado. Igualmente, su uso indiscriminado, espurio y banalizante, hace que se corra el riesgo de que unas y otras, palabras y conceptos, se

5 FERRER, Gabriel Real Ferrer; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; ROSA, Alexandre Morais da. A propriedade ante o novo paradigma do Estado Constitucional Moderno: a sustentabilidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6703>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 27.

6 TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica) – Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020.

7 TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista a e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida** Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020. p. 148.

diluyan en la nada, máxime cuando, como es el caso, se toman como una moda, como complemento a cualquier discurso politicamente correcto⁸.

Desse modo, o desenvolvimento sustentável, “como defende Gabriel Real Ferrer, trata-se de uma dicotomia na qual a sustentabilidade opera negativamente, pois seria um limite ao desenvolvimento”⁹. Seguindo esse pensamento, desenvolvimento sustentável é uma locução verbal na qual se ligam dois conceitos, de modo que o termo sustentabilidade passa a ser visto como um limite ao desenvolvimento, muito embora a sustentabilidade devesse ser observada a partir de uma noção positiva que preconizasse a demanda por transformações que possibilitem a manutenção da vida¹⁰.

Colocando de outro modo, de maneira simplificada, o desenvolvimento sustentável se configura a partir do exercício conjunto entre os objetivos ambientais e os objetivos de desenvolvimento, visando sobretudo as necessidades humanas em todos os seus aspectos. Consequentemente, conforme o entendimento de Paulo Márcio Cruz e Gabriel Real Ferrer, “[...] a sustentabilidade deve ser entendida como a meta global a ser atingida e o desenvolvimento sustentável como um dos instrumentos que devem permitir a sua consecução”¹¹.

Contudo, cabe ressaltar a importância de se superar todo o antropocentrismo sob o qual se analisa a questão. Não se trata egoisticamente de garantir as necessidades e a vida humana, mas de ver a humanidade como uma parte pertencente a um todo. A sustentabilidade deve atender a todo o sistema, cobrindo todos os elementos da realidade, que vão desde os indivíduos à comunidade/sociedade e que inclui principalmente o planeta, seus ecossistemas e todas as outras formas de vida contidas nele, levando em conta as singularidades específicas de cada elemento (microrrealidades).

Tendo feito as considerações acerca dos termos sustentabilidade e desenvolvimento sustentável, sem adentrar profundamente a discussão acerca da possível contradição existente entre a lógica do desenvolvimento capitalista (que busca maximizar os lucros às custas da exploração e dominação de indivíduos, povos, raças, nações e da própria natureza) e a lógica da promoção de um meio ambiente equilibrado, considerando que se trata de um debate complexo, onde é difícil propor uma solução efetiva e realista, a presente pesquisa se

8 FERRER, Gabriel Real Ferrer; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; ROSA, Alexandre Moraes da. A propriedade ante o novo paradigma do Estado Constitucional Moderno: a sustentabilidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6703>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 20

9 FERRER, Gabriel Real Ferrer; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; ROSA, Alexandre Moraes da. A propriedade ante o novo paradigma do Estado Constitucional Moderno: a sustentabilidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6703>. Acesso em: 02 nov. 2022. p. 30.

10 TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020. p. 139.

11 TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020. p. 142.

concentrará na dimensão ecológica da sustentabilidade, buscando analisar o desenvolvimento sustentável a partir da Análise Econômica do Direito.

2. O EMPREGO DA TEORIA DA ESCOLHA RACIONAL (TER) E DA TEORIA DOS JOGOS (TJ) PARA PREVER COMPORTAMENTOS

A Análise Econômica do Direito (AED) propõe uma releitura do Direito sob a ótica de conceitos e teorias econômicas, não se confundindo com o Direito Econômico e não se limitando apenas aos aspectos econômicos em sentido estrito, como à moeda e ao comércio. A Análise Econômica do Direito é mais ambiciosa e parte da premissa de que instrumentos de análise pertencentes à Economia podem ser aplicáveis a ramos do Direito¹². Sendo assim, pretendendo explicitar a lógica de quem decide agir de acordo (ou não) ao desenvolvimento sustentável, se buscará analisar como a Teoria da Escolha Racional e a Teoria dos Jogos contribuem para a previsão de condutas.

Sem discorrer sobre as críticas existentes, o modelo teórico tradicional de compreensão da escolha humana adotado pela Análise Econômica do Direito é o da escolha racional (*"rational choyce theory"*), segundo o qual as pessoas são agentes racionais que buscam a maximização do seu bem-estar ou dos seus ganhos, visando a maior utilidade (satisfação pessoal do indivíduo com o resultado). Com base nisso, são elaboradas previsões que calculam qual decisão/ação proporcionaria o máximo de utilidade, a fim de prever o comportamento humano, o que não significa, necessariamente, que esta será a conduta humana verificada na prática, tendo em vista que nem sempre o conhecimento ou a capacidade do indivíduo o permitirá identificar a melhor conduta¹³.

Dispondo de outra forma, mas no mesmo sentido, em razão da escassez, é necessário que os agentes racionais façam escolhas, motivo pelo qual se presume que eles, individualmente, idealizarão os resultados que pretendem atingir, conforme seus valores pessoais, e, posteriormente, avaliarão as opções que podem ser tomadas para que se chegue ao resultado pretendido, sopesando os custos e eventuais prejuízos que poderão ter. Por conseguinte, considera-se que o ser humano tenta alcançar aquilo que, ao seu ver, lhe pareça oferecer a maior utilidade, o que permite generalizações em relação ao seu comportamento¹⁴.

12 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 30-31.

13 GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

14 MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 53-54.

Desse modo, conforme a Teoria da Escolha Racional, as escolhas dos indivíduos buscam sempre maximizar o próprio interesse. Evidenciando que o raciocínio das pessoas na hora de tomar decisões está no balanceamento dos possíveis ganhos e prejuízos de determinada conduta, através de uma ponderação custo-benefício, devendo os ganhos excederem os prejuízos para que haja a possibilidade de a conduta ocorrer.

Já a Teoria dos Jogos corresponde às “situações que envolvem a adoção de estratégias para a tomada de decisão, em razão da interdependência das ações dos agentes envolvidos”, o que significa que o comportamento dos demais “jogadores” influenciará a escolha de cada indivíduo. A partir desta teoria, é possível compreender de forma estratégica a tomada de decisão por parte de agentes que interagem entre si, de maneira que os jogadores optem pela melhor decisão em cada jogo. Consequentemente, três são os elementos principais dessa teoria: os jogadores (indivíduos, sociedades, países etc.), as estratégias/opções de escolha e os possíveis benefícios ou prejuízos resultantes da conduta definida¹⁵.

Por intermédio do “dilema dos prisioneiros”, demonstra-se como dois agentes, caso escolham cooperar, podem ter um resultado mais eficiente. Ou seja, podem encontrar uma solução mais benéfica se efetivamente cooperarem um com o outro. No entanto, havendo variações no número de jogadores, de modo que se verifique mais de dois agentes, como é o caso de uma guerra entre diversos países ou da busca por condutas condizentes com a ideia de sustentabilidade, tem-se jogos complexos, sendo fundamental o exame das suas singularidades, tendo em mente que cada participante tem seus próprios interesses e que há a possibilidade de relações simétricas ou assimétricas entre os jogadores¹⁶.

Observa-se, portanto, que ambas as teorias, sobretudo a Teoria dos Jogos, fornecem uma compreensão mais adequada do porque os seres humanos tomam determinadas decisões e servem como base para a observação de determinados contextos e situações. A partir disso, é possível buscar soluções para questões em que é desejável, e até mesmo necessária, a cooperação entre atores/jogadores que estão interligados dentro de um jogo.

Atribuindo-se ênfase às soluções articuladas pelo Direito, estas tomam a forma de instituições, que têm origem em problemas de interação. A observância das regras atribuídas pela ordem jurídica evita o custo do jogo e garante que os benefícios serão tão elevados quanto se os participantes tivessem optado por jogar o jogo até o final, razão pela qual devem ser instituídas propostas vantajosas para aqueles que agirem em conformidade com as regras impostas pelas instituições.

15 GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 257.

16 GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2022. p. 279.

Isso posto, dedicando-se às situações em que os participantes do jogo levam em conta a conduta de outrem, o próximo tópico buscará propor, de forma sucinta e sem adentrar em particularidades, uma estratégia multidisciplinar, que relacione Ecologia, Economia e Direito, mormente quanto à Análise Econômica do Direito, a fim de indicar e analisar os mecanismos normativos indutores, dando destaque às sanções premiais, como instrumentos capazes de fomentar comportamentos desejáveis e compatíveis ao desenvolvimento sustentável.

3. A FUNÇÃO PROMOCIONAL DO DIREITO COMO MEIO DE OBTENÇÃO DE CONDUTAS ECOLOGICAMENTE DESEJÁVEIS

Não raras as vezes, o estudo do Direito, inclusive o estudo feito por juristas, traz enfoque à importância da punição como meio de viabilizar a convivência em sociedade, perceptível, inclusive, através das demandas populares pelo maior “rigor” das leis penais como caminho à pacificação social. Pouco se questiona acerca da eficácia das normas coercitivas e das sanções negativas como indutoras de comportamento, de maneira que também se carece de discussões sobre a possibilidade de utilização da função promocional do Direito para a consecução de comportamentos ecologicamente sustentáveis.

Percebe-se que é comum o uso do termo sanção como sinônimo à aplicação de uma pena em virtude do descumprimento de uma norma prevista por determinado ordenamento jurídico. Neste sentido, o termo assume uma conotação repressiva como meio coercitivo de impor o cumprimento da conduta prescrita por essa norma. No entanto, a própria concepção de norma jurídica estabelece que é possível conceder um favorecimento ou prêmio ao indivíduo que se comportar de forma adequada aos interesses e às demandas da sociedade¹⁷. Isso posto, o presente tópico tem como finalidade analisar, sob a ótica da Teoria dos Jogos, o modelo de fomento de condutas ecologicamente sustentáveis a partir da função promocional do Direito, como instrumento normativo de modulação de condutas através de sanções positivas.

De forma a fazer uma breve abordagem histórica relativa às sanções positivas e às negativas, na primeira metade do século XX, surgem as proposições do jurista e filósofo Hans Kelsen, que trazem novas perspectivas a respeito da temática, tendo em vista que Kelsen, embora reconheça a existência de sanções com viés recompensatórios, as coloca em segundo plano, ligando o conceito de sanção diretamente ao conceito de punição, como se sinônimos fossem. As teorizações kelsianas, em razão da sua importância, passam a refletir na percepção

17 AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 61-78.

geral sobre o Direito, de modo que ele seja visto justamente como atos de coação impostos pelos Estados através de sanções punitivas¹⁸.

Partindo-se da lógica kelseniana, qualquer discussão a respeito da importância das sanções premiais é desprezada. Em razão de sua tendência positivista, a sanção é essencialmente punitiva e surge com a finalidade de ensinar o respeito e cumprimento da norma. O foco acaba sendo o próprio descumprimento e não a norma em si. Contudo, ainda que Kelsen entenda o Direito como uma ordem primordialmente coativa de repressão de condutas indesejadas, enxergando as normas que estabeleçam algum favorecimento ou prêmio como secundárias, essa concepção não pode ser tomada como verdade absoluta.

Quando o Estado passou a ter outros objetivos, novos mecanismos o distanciaram dos ideais do Estado liberal e alguns juristas, como Norberto Bobbio, passaram a propor um modelo em que o Estado deixa de simplesmente usar sua força para punir e passa a utilizar incentivos econômicos para alcançar o bem-estar social, ocorrendo uma correlação entre Economia e Direito através da aplicação de sanções positivas¹⁹. Assim, para a presente pesquisa, adota-se o reconhecimento teórico da existência e da aplicabilidade da sanção positiva como aparato da função promocional do Direito.

O Estado, à medida que dispõe de recursos econômicos cada vez mais vastos, venha a se encontrar em condição de determinar o comportamento dos indivíduos, não apenas como exercício da coação, mas também com o de vantagens de ordem econômica, isto é, desenvolvendo uma função não apenas dissuasiva, mas também, como já foi dito, promocional. Em poucas palavras, essa função é exercida como a promessa de uma vantagem (de natureza econômica) a uma ação desejada, e não como uma ameaça de um mal a uma ação indesejada²⁰.

As normas premiais, como parte integrante do ordenamento jurídico, se diferenciam das normas punitivas quanto ao seu conteúdo material, uma vez que caracterizam a concessão de recompensas por condutas desejáveis, representando estímulos do Poder Público às condutas convenientes. Ou seja, essas normas abrem espaço para que o indivíduo, após uma verificação custo-benefício, escolha qual atitude tomar a partir da análise daquilo que lhe será mais benéfico. Se o indivíduo agir em conformidade com o comportamento desejado, será beneficiado pelo Estado.

18 CURI, Fabio Martins Bonilha. *Sanção Premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial*. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 55-63.

19 AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 61-78.

20 AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 65.

Assim sendo, Simone Martins Sebastião afirma que o incentivo e o prêmio são maneiras de manifestar a função promocional do Direito: enquanto o prêmio é uma recompensa concedida pelo agir de acordo com o desejado, o incentivo é um instituto para se obter esse comportamento pretendido. Segundo ela, as sanções premiais, que remetem, logicamente, aos prêmios, chegam a ser mais efetivas do que a medida repressora de pagamento de multa, já que muitas vezes, como é o caso da emissão de poluentes, é mais vantajoso pagar a cumprir a legislação²¹.

Embora esteja em desenvolvimento a ideia de sustentabilidade e de participação da sociedade na concretização dos interesses da coletividade que visam o bem comum, observa-se que o sistema normativo brasileiro utiliza, majoritariamente, as medidas de desencorajamento para coibir as condutas indesejadas. Logo, as normas de proteção ambiental possuem um caráter mais repressivo, como é o caso das normas que têm como fundamento o princípio do poluidor-pagador²².

No entanto, seria importante a maior inclusão de normas como aquelas que levam em conta o princípio do beneficiário-protetor, com a concretização da função promocional do Direito nas implementações jurídicas e políticas do Estado, como complemento às implementações de cunho punitivo, por meio da premiação daqueles que, na tomada de decisão a partir da avaliação custo-benefício optarem pela preservação ambiental sem que haja uma imposição legal para tanto²³.

O binômio custo-benefício referido é uma relação que busca levantar indicadores que dimensionam os benefícios de um projeto e os seus respectivos custos, de forma a considerar, inclusive, os custos de eventual degradação ambiental em razão da respectiva atividade econômica desenvolvida. O agente ponderará se o custo do eventual dano será maior ou menor que o custo para adequar sua atividade de forma a reduzir o risco de prejuízo ao meio ambiente²⁴. Logo, as normas indutoras, destacadas neste artigo por meio dos prêmios, buscam influenciar a análise do custo-benefício, de forma que seja mais vantajoso se adequar e agir em prol do

21 AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 76.

22 GUERRA, Laís Batista; MONTEIRO, Rayanny Silva Monteiro. Ecopolítica e a função promocional do Direito Ambiental: a experiência do Programa Bolsa Floresta no Amazonas. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul (RS), v. 9, n. 25, p. 155-172, 2020. Disponível em: [O-Brasil-e-as-Metas-de-Aichi-uma-analise-sobre-o-cumprimento-da-Meta-11-WENCESLAU-F-BARDEN-J-TURATTI-L.pdf](#) (researchgate.net). Acesso em: 02 nov. 2022.

23 GUERRA, Laís Batista; MONTEIRO, Rayanny Silva Monteiro. Ecopolítica e a função promocional do Direito Ambiental: a experiência do Programa Bolsa Floresta no Amazonas. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul (RS), v. 9, n. 25, p. 155-172, 2020. Disponível em: [O-Brasil-e-as-Metas-de-Aichi-uma-analise-sobre-o-cumprimento-da-Meta-11-WENCESLAU-F-BARDEN-J-TURATTI-L.pdf](#) (researchgate.net). Acesso em: 02 nov. 2022.

24 AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018. p. 103.

desenvolvimento ecologicamente sustentável e, conseqüentemente, em prol da coletividade, tendo em vista a garantia de um retorno, sobretudo se econômico.

Dessa maneira, conforme a Teoria dos Jogos, abordada anteriormente, é possível identificar em quais situações a decisão racional não trará o melhor benefício individual, mas trará o melhor custo-benefício diante das opções de decisão das partes envolvidas, a fim de possibilitar certa previsibilidade do comportamento humano, uma vez que, via de regra, as condutas se desenvolvem em busca da maximização de ganhos²⁵.

Considerando o processo racional de decisão no campo econômico, a conclusão lógica é a de que, havendo um estímulo eficaz ao cumprimento normativo, será maior a probabilidade de que ela seja cumprida por aqueles que pretendem reduzir custos, tratando-se, portanto, de uma relação diretamente proporcional e de grande impacto socioeconômico, de forma que as instituições funcionem como mecanismos de controle que delimitam as possibilidades da escolha humana, reduzindo incertezas, ao delimitarem as regras do jogo²⁶.

Diante de todo o exposto no presente artigo, considerando as disposições acerca da racionalidade e da Teoria dos Jogos, verifica-se que tanto o prêmio como a facilitação, ainda que não ajam diretamente no comportamento humano, atuam de modo indireto, tentando tornar a conduta ou a omissão fácil ou vantajosa no cálculo custo-benefício de determinada escolha.

Logo, assumindo que, conforme a Teoria da Escolha Racional, cada indivíduo busca maximizar o seu próprio interesse, fazendo escolhas a partir do cálculo custo-benefício, é viável que o Direito crie estímulos que já vinculem a escolha racional dos agentes, em especial os econômicos, para que se torne a proteção ambiental efetiva. Além do mais, em situações onde a decisão de um poderá influenciar a dos demais, cabe ao Direito, mediante mecanismos jurídicos, delinear o ambiente em que o jogo ocorrerá, estimulando que as decisões dos atores econômicos promovam quadros de cooperação rumo ao desenvolvimento sustentável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente pesquisa, verificou-se que grande parte das normas são dotadas de carga negativa, ou seja, tratam-se de normas repressivas que têm como finalidade punir aqueles que praticarem uma conduta considerada indesejada pelo Estado ou pela sociedade. Logo, propôs-se uma mudança paradigmática a partir da sustentabilidade e também uma mudança de

25 CURI, Fabio Martins Bonilha. Sanção Premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 149-162.

26 CURI, Fabio Martins Bonilha. Sanção Premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial. São Paulo: Editora Dialética, 2022. p. 149-162.

estratégia através da utilização de sanções premiais como mecanismo de consecução do desenvolvimento sustentável, diante do contexto de ineficiência dos instrumentos jurídicos punitivistas e sua incompatibilidade com a noção de desenvolvimento sustentável, que pressupõe um corpo social participativo.

Concluiu-se, por conseguinte, que é possível, a partir da Análise Econômica do Direito, sobretudo da Teoria dos Jogos, afirmar que as sanções premiais influenciam na ponderação custo-benefício realizada pelos atores durante a tomada de decisão acerca da adequação ou não às condutas de proteção ambiental, principalmente se for estabelecido um benefício de caráter econômico. Assim, percebe-se a viabilidade de, através do Direito, se utilizar as sanções premiais para vincular a escolha racional dos agentes econômicos à proteção ambiental, prevendo recompensas aos indivíduos que agirem de maneira favorável ao desenvolvimento sustentável.

Cabe ressaltar, contudo, que em momento nenhum se pretendeu abolir as sanções negativas, tendo em vista o seu caráter estruturante do próprio Direito. Ademais, as normas indutoras são insuficientes para, individualmente, atingirem o objetivo da sustentabilidade ecológica, sendo também necessária a aplicação de sanções negativas no caso de condutas ilícitas e, sobretudo, o desenvolvimento de motivadores éticos, que correspondam ao sentimento de dever de garantir o bem-estar das presentes e futuras gerações, bem como das demais vidas existentes no planeta, de forma que os interesses coletivos prevaleçam em relação aos interesses individuais.

Além disso, tendo em vista que o objetivo do artigo era sugerir um estudo multidisciplinar, sobretudo a partir da Análise Econômica do Direito, para verificar a possibilidade de se contribuir juridicamente ao desenvolvimento ecologicamente sustentável por intermédio de sanções premiais, salienta-se a necessidade de uma pesquisa mais aprofundada e crítica sobre a real eficácia das sanções premiais no aspecto prático e também de uma investigação que considere o âmbito transnacional, considerando as peculiaridades de cada país, uma vez que é essencial que se discuta uma estratégia global.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Paulo Vinícius Alves de. **A sanção premial como instrumento de condutas ambientalmente desejáveis na perspectiva da estrutura normativa tributária**. Dissertação (Mestrado em Direito). Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2018.

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real; GLASENAPP, Maikon Cristiano. Sustentabilidade: um novo paradigma para o Direito. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1433-1464, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6712>. Acesso em: 02 nov. 2022.

CURI, Fabio Martins Bonilha. **Sanção Premial no Brasil: estudos da função promocional do Direito na atividade negocial**. São Paulo: Editora Dialética, 2022.

ESTENSSORO, Luis. **Capitalismo, Desigualdade e Pobreza na América Latina**. Tese (Doutorado em Sociologia). Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003.

FERRER, Gabriel Real Ferrer; LACERDA, Emanuela Cristina Andrade; ROSA, Alexandre Moraes da. A propriedade ante o novo paradigma do Estado Constitucional Moderno: a sustentabilidade. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 19, n. 4, p. 1185-1219, 2014. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/6703>. Acesso em: 02 nov. 2022.

GAROUPA, Nuno; PORTO, Antônio Maristrello. **Curso de análise econômica do direito**. 2ª ed. Barueri: Atlas, 2022.

GUERRA, Laís Batista; MONTEIRO, Rayanny Silva Monteiro. Ecopolítica e a função promocional do Direito Ambiental: a experiência do Programa Bolsa Floresta no Amazonas. **Revista Internacional de Direito Ambiental**, Caxias do Sul (RS), v. 9, n. 25, p. 155-172, 2020. Disponível em: [O-Brasil-e-as-Metas-de-Aichi-uma-analise-sobre-o-cumprimento-da-Meta-11-WENCESLAU-F-BARDEN-J-TURATTI-L.pdf \(researchgate.net\)](#). Acesso em: 02 nov. 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

TEIXEIRA, Alessandra Vanessa. **Sustentabilidade humanista e corporações transnacionais: desafios da sociedade líquida**. Tese (Doutorado em Ciência Jurídica). Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí, 2020.

DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL E PROTEÇÃO AO MEIO AMBIENTE

SUSTAINABLE DEVELOPMENT AND ENVIRONMENTAL PROTECTION

Aline Hoffmann¹

RESUMO

O momento atual que estamos vivenciando enfrenta diversas crises, entre elas: política, econômica, cultural e especificamente tratado neste artigo, a ambiental. Dentro do contexto de crise ambiental o maior desafio da sociedade moderna é manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado conforme prevê a Constituição Federal de 1988 e promover uma qualidade de vida saudável, aos cidadãos. Considerando que, vivemos em uma sociedade que adotou o sistema capitalista que veio juntamente com o processo de globalização, deve-se pensar sobre o tema dentro do desenvolvimento econômico, pois este não é repulsivo, e sim está relacionado qualidade de vida das pessoas. Nessa conjuntura de crise, é importante que se reflita sobre alternativas de ter um desenvolvimento sustentável dentro de um crescimento da economia e que este influencia diretamente na vida dos seres humanos. O Objetivo do artigo é encontrar uma harmonia e equilíbrio para que os seres humanos consigam preservar o meio ambiente de uma forma responsável sem o consumismo exacerbado, para que não comprometa o futuro da vida das gerações presentes e das próximas. O método de investigação é o dedutivo baseado em bibliografias, especialmente a obra de Amartya Sen, "Desenvolvimento como Liberdade".

PALAVRAS-CHAVE: Crise ambiental. Desenvolvimento econômico. Desenvolvimento sustentável. Meio Ambiente.

ABSTRACT

The current moment we are experiencing faces several crises, among them: political, economic, cultural and specifically addressed in this article, the environmental one. Within the context of the environmental crisis, the greatest challenge of modern society is to maintain the environment ecologically balanced as provided for in the Federal Constitution of 1988 and to promote a healthy quality of life for citizens. Considering that we live in a society that adopted the capitalist system that came along with the globalization process, one should think about the

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Alicante - UA – Espanha. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF). Graduada em Pedagogia pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2009). Especialista em Orientação Educacional pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2014). Integrante e pesquisadora do Grupo de Pesquisa do PPGD da Universidade de Passo Fundo - RS - UPF - "Jurisdição Constitucional e Democracia". E-mail: 70329@upf.br

subject within economic development, as this is not repulsive, but is related to people's quality of life. In this context of crisis, it is important to reflect on alternatives to have a sustainable development within an economic growth and that this directly influences the lives of human beings. The purpose of the article is to find harmony and balance so that human beings can preserve the environment in a responsible way so that it does not compromise the future of life for present and future generations. The research method is deductive based on bibliographies, especially the work of Amartya Sen, "Development as Freedom".

KEYWORDS: Environmental crisis. Economic development. Sustainable development. Environment

INTRODUÇÃO

O meio ambiente é um direito fundamental, e o texto constitucional diz que ele deve ser preservado para que os seres humanos consigam viver num ambiente saudável e equilibrado, mas garantindo também o futuro das próximas gerações.

A preocupação é a crise ambiental que vem preocupando os ambientalistas e uma parte da sociedade, pois os seres humanos tem utilizado os recursos naturais de maneira totalmente irresponsável trazendo graves consequências ao planeta.

A busca pelo lucro e acúmulo de riquezas, próprias do sistema capitalista marcada pela Revolução Industrial no final do século XVII, é uma das consequências da crise ambiental, pois esse é o objetivo cada vez consome-se mais para se produzir mais, e conseqüentemente descartando resíduos na natureza excessivamente. Amartya Sen afirma que,

Apesar de sua eficácia, a ética capitalista é, na verdade, muito limitada em alguns aspectos, ligados particularmente a questões de desigualdade econômica, proteção ambiental e necessidade de diferentes tipos de cooperação que atuem externamente ao mercado. Porém, dentro de seu campo, o capitalismo funciona com eficácia mediante um sistema ético que fornece a visão e o ímpeto necessários para o uso bem-sucedido do mecanismo de mercado e instituições relacionadas.²

Atualmente, as redes sociais e os meios de comunicação, todos os dias vem alertando sobre os impactos da crise ambiental que ameaçam o futuro do planeta, acontece que infelizmente a sociedade aprendeu a relativizar a destruição do planeta, não levando a sério o tamanho da gravidade que vem ocorrendo e que ainda poderá acontecer se a humanidade não se conscientizar urgentemente que é necessário mudar comportamentos e começar a se preocupar com a finitude dos recursos naturais.

² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 263.

Os seres humanos aprenderam a consumir de maneira excessiva, abusando do meio ambiente, uma visão antropocêntrica, como se o meio ambiente estivesse a serviço do homem, como se esse fosse sua propriedade, uma forma de sobrevivência que os seres humanos adquiriram através do sistema capitalista utilizado pela sociedade no processo de globalização. Sen, ainda explica que,

Os grandes desafios que o capitalismo enfrenta no mundo contemporâneo incluem problemas de desigualdade (especialmente de pobreza esmagadora em um mundo de prosperidade sem precedentes) e de “bens públicos” (ou seja, os bens que as pessoas compartilham, como o meio ambiente). A solução desses problemas quase certamente requerá instituições que nos levem além da economia de mercado capitalista. Mas o próprio alcance da economia capitalista de mercado pode, de muitos modos, ser ampliado por um desenvolvimento apropriado de uma ética sensível a esses problemas.³

O momento de parar e refletir é agora, não há mais tempo, a natureza vem pedindo socorro, a poluição dos rios e mares, da atmosfera, dos solos, o próprio desmatamento e as queimadas, são cenas tristes que vem se repetindo há anos, as consequências dessas catástrofes são o aquecimento global e as mudanças climáticas.

O trabalho pretende fazer um estudo e uma reflexão que é possível ter um desenvolvimento econômico e que este seja sustentável, que caminhe junto com a preservação ambiental, pois a preservação ambiental é constitucional, e todos tem o direito a um meio ambiente saudável e equilibrado ecologicamente.

1. MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

A Constituição Federal de 1988 em seu *caput* prevê que o direito ao meio ambiente é um dos direitos humanos fundamentais, e nele existe a previsão de máxima proteção ao meio ambiente.

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.⁴

Benjamin, evidencia que ao colocar a expressão “sadia qualidade de vida” na Constituição Federal de 1988, no art. 225, *caput*, aponta-se o dever do Estado e o direito dos cidadãos, de garantirem condições mínimas para viver com dignidade e bem-estar com possibilidades de atingir o desenvolvimento pleno.⁵

³ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000. p. 267.

⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

⁵ BENJAMIN, Antonio Herman V. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007, p.108.

O Direito a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, é um dos direitos fundamentais da pessoa humana, o que corrobora a posição de que se trata de direitos humanos, importante salientar as necessidade e preocupação da necessidade de um trabalho em conjunto, isto é, toda a sociedade, envolvendo o estado e comunidades para a manutenção e preservação, do meio ambiente, pois este é o tesouro da humanidade. É um direito de terceira geração, que tem como características os direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos. Depreendem-se da figura do indivíduo e destinam-se a cuidar da coletividade de pessoas envolvidos, conjuntamente com o direito à fraternidade, solidariedade e paz.

Para Norberto Bobbio⁶, ao transcrever sobre a problemática dos direitos humanos de terceira geração, pontuou que o mais importante deles é o reivindicado pelos movimentos ecológicos: o direito de viver num ambiente não poluído.

Anteriormente a Magna Carta, no ano de 1972 ocorreu em Estocolmo a Conferência das Nações Unidas, foi nesse momento que os olhares para o meio ambiente começaram a ser diferentes com a Declaração Universal do Meio Ambiente.

Em 1972, a Organização das Nações Unidas organizou a 1ª Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente, em Estocolmo, na Suécia, aprovando a Declaração Universal do Meio Ambiente que declarava que os recursos naturais, como a água, o ar, o solo, a flora e a fauna, devem ser conservados em benefício das gerações futuras, cabendo a cada país regulamentar esse princípio em sua legislação de modo que esses bens sejam devidamente tutelados para as gerações presentes e futuras. Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequados.⁷

Foi um marco a discussão internacional sobre o meio ambiente, diante da Declaração não restou dúvidas que o meio ambiente é um direito fundamental do ser humano sendo essencial para a dignidade da vida humana e que deve ser preservado na geração presente, mas principalmente com as gerações que estão a caminho, garantindo a elas um ambiente saudável e equilibrado.

Importante mencionar a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA),⁸ a Lei nº 7.347/85, que aborda sobre a competência do Ministério Público para

⁶ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 43.

⁷ IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

⁸ BRASIL. Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e da outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

propositura da Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente⁹, e a Lei nº 9.605/98, que prevê as penalizações condutas criminosas contra o meio ambiente.¹⁰

2. DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL DENTRO DO CRESCIMENTO DA ECONOMIA

O desenvolvimento sustentável vem se tornando cada vez mais uma reflexão para a sociedade atual, devido à crise ambiental. Existe uma necessidade que haja um equilíbrio entre a sustentabilidade e o desenvolvimento da economia. Uma parcela da sociedade vem preocupando-se com o modo que os seres humanos aprenderam a consumir, com a depredação do meio ambiente e o esgotamento dos recursos naturais.

O cenário de crise, nos remete ao capitalismo, é instantâneo e há todo momento os seres são induzidos a consumir em excessos, no comércio local, nas redes sociais e principalmente com o surgimento das novas tecnologias, vivemos em uma era digital e tecnológica e através de propagandas e produtos novos e o big data (capaz de influenciar as decisões de negócios e compras) se tornando para uma grande parte da população um consumismo excessivo, dessa maneira cresce a desigualdade, aumenta a crise ambiental, e o desenvolvimento ocorre sem a sustentabilidade tão almejada. Para Ricardo M. Pimenta, sobre o Big Data,

Ainda assim, com o desenvolvimento dos usos do ciberespaço por indivíduos, instituições e estados, juntamente com suas tecnologias respectivas, a explosão informacional parece ter se mostrado detentora de uma capacidade exponencial. E, portanto, desafio apenas cresce. Na era do Big Data, o manancial de dados detém um potencial de produção de informações com o qual não sabemos se estaremos aptos a conjugá-los harmoniosamente.¹¹

O Big Data é uma avalanche que a população precisa se adaptar e aprender a sobreviver junto com ele, há uma necessidade de maturidade de como saber controlá-los e esse é o maior desafio da sociedade atual, pois os dados provenientes das nossas ações do cotidiano, automaticamente influenciarão posteriormente no comportamento da população seja de forma positiva ou negativa, inclusive nas formas de consumo que acabam se tornando imoderado.

⁹ BRASIL. Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7347orig.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁰ BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

¹¹ PIMENTA, Ricardo M. Big Data e controle da informação na era digital: tecnogênese de uma memória a serviço do mercado e do Estado. **Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação**, v. 6, n. 2, jul./dez., p. 1-19, 2013. Disponível em:

<https://revistas.ancib.org/index.php/tpbci/article/view/291/291>. Acesso em: 21 set. 2022.

O homem precisa se conscientizar e mudar hábitos que historicamente vem sendo utilizado há anos de forma totalmente imprudente e negligente. Para ter um desenvolvimento sustentável caminhando junto com a economia, não é impossível, desde que seja de maneira responsável pensando na preservação ambiental.

Nota-se que a crise ambiental que destrói o planeta vem aumentando a cada ano, os seres humanos não tem consciência e nem preocupação do momento de crise que o mundo enfrenta, dessa maneira se não ocorrer mudanças de hábitos por parte da sociedade o meio ambiente vai padecer.

Vejamos a importante apreciação do Ministro Luis Fux na decisão (ADI) nº 4.029 aonde estabelece que:

[...] o meio ambiente é um conceito hoje geminado com o de saúde pública, saúde de cada indivíduo, sadia qualidade de vida, diz a Constituição, é por isso que estou falando e saúde, e hoje todos nós sabemos que ele é imbricado, é conceitualmente geminado com o próprio desenvolvimento. Se antes nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizíamos que o meio ambiente é compatível com o desenvolvimento, hoje nós dizemos, a partir da Constituição, tecnicamente, que não pode haver desenvolvimento senão com o meio ambiente ecologicamente equilibrado. A geminação do conceito me parece de rigor técnico, porque salta da própria Constituição Federal.

O desenvolvimento sustentável vem de encontro na construção de um casamento entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, os esforços da população para que ocorra essa aliança são necessários nessa construção. Construção está de preservação ambiental, consciência de consumo e ciência das ações humanas no modo de utilização dos recursos naturais como se estes fossem infinitos, pois um ambiente saudável e equilibrado como prevê a Constituição Federal de 1988, requer a manutenção e o cuidado dos recursos naturais. Desse modo, Sen evidencia que, “a necessidade de ir além das regras de mercado tem sido muito discutida recentemente no contexto da proteção do meio ambiente em contra ponto, tem a questão do comportamento ético em relação as normas do meio ambiente”.¹²

Para Marcos Nobre, a ideia de um desenvolvimento sustentável nasce da atividade econômica ser coerente com a utilização dos recursos naturais, significa, de um lado, a concretização de alianças em termo de um consenso mínimo a respeito da problemática ambiental, e, de outro, a arguta tentativa de aproveitar um ambiente mundial de relativa distinção e de intensa mobilização de toda a população, não só de uma parte, em torno das questões

¹² SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p 268.

ecológicas, para levar a questão ambiental para o primeiro plano da agenda política internacional.¹³ Novamente Sen, explica que:

Uma concepção adequada de desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele.¹⁴

Para Sen, o crescimento econômico não pode ser considerado um fim em si mesmo, tem de estar relacionado com a melhoria de vida dos indivíduos e com o fortalecimento das liberdades, não se tem liberdade se existe privação.

O autor, político e economista Acosta, salienta sobre o tema que, o “*modus vivendi*”, que significa a maneira que as pessoas vêm experienciando, baseado no consumismo, na prioridade do homem sobre a natureza (antropocentrismo) e na extração sem nome que fazem de países empobrecidos, que ao mesmo tempo reproduz desigualdade e injustiça interna. Esperamos que a abertura para outras formas de produção de conhecimento nos permita formular novos marcos conceituais viáveis em sociedades multiculturais.¹⁵

Uma sociedade com desenvolvimento sustentável acontece quando se organiza com conscientização, educação ambiental da população através das gerações, mesmo que seja a um longo prazo de tempo, mas que se deve começar no momento atual, para que desse modo se consiga garantir uma vida digna e saudável do homem e dos outros seres que abitam no planeta terra.

Leonardo Boff acentua que para garantir um desenvolvimento sustentável, precisa-se antes de tudo assegurar uma sociedade sustentável. E acima de tudo para uma sociedade ser sustentável é necessário o cuidado consciente na proteção, conservação e regeneração da natureza ou do meio ambiente.¹⁶

O autor ainda afirma que, para uma sociedade se tornar sustentável deve-se organizar e comportar-se de tal forma que ela, através das gerações, consiga garantir a vida dos cidadãos e dos ecossistemas nos quais está inserida, junto com a comunidade de vida.¹⁷

¹³ NOBRE, Marcos. Desenvolvimento sustentado e problemática ambiental. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, CEDEC, São Paulo, n. 47, agost., 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/jln/a/jygFVXQ3WL8yfspyCrTTvRk/?lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2022.

¹⁴ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 28.

¹⁵ ACOSTA, Alberto. **Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora**. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Ayla, 2009. p. 37.

¹⁶ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 125.

¹⁷ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é, o que não é**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2012. p. 128.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo faz uma análise sobre a importância da compatibilização entre o desenvolvimento econômico e o meio ambiente, para posteriormente alcançar o desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento econômico é importante para que os seres humanos tenham igualdade e uma vida digna, com a diminuição da pobreza e das desigualdades sociais.

O trabalho demonstrou que um ambiente ecologicamente saudável e equilibrado é um direito fundamental assegurado na Constituição Federal de 1988 para todos cidadãos assim como esse direito é reconhecido internacionalmente, como foi na Declaração Universal do Meio Ambiente, ocorrida em Estocolmo.

Vivemos em uma sociedade capitalista, que incentiva o consumo excessivo de forma irresponsável, que valoriza a geração de riquezas e cada vez mais o aumento dos lucros, com isso aumenta as desigualdades e consequentemente expande ainda mais a crise ambiental que já está instalada no planeta, gerando uma problemática ainda maior, pois o capitalismo é responsável por aumentar ainda mais a destruição dos recursos naturais, e esse é o objetivo do mercado, alcançar produtos de curta duração, com incentivo ao descarte e ao desperdício massivamente.

Uma reflexão importante nesse estudo é que o desenvolvimento sustentável somente será possível se os interesses do capitalismo não se sobreponham ao que diz a Constituição Federal de 1988, e que não só o Estado mas toda a sociedade diante da crise ambiental reflita sobre a gravidade do esgotamento dos recursos naturais e comece a mudar o pensamento referente ao meio ambiente, e suas formas de consumo, tendo a responsabilidade e ética, para preservar e garantir os direitos fundamentais que inclui um meio ambiente saudável para se viver, não somente para os presentes mas para garantir o futuro das próximas gerações.

A tarefa não é fácil, o desenvolvimento econômico é necessário para a vida dos seres humanos, mas a dignidade da pessoa humana nesse contexto deve ser prelevada, o respeito aos direitos fundamentais de uma saudável qualidade de vida deve sempre ser mantidos.

Concorda-se com Amartya Sen, que o desenvolvimento como expansão das liberdades, tem o objetivo de aprimoramento de como a população deve viver bem, mas para isso também deve-se proteger e conservar o meio ambiente.

O desenvolvimento econômico deve-se libertar do conceito limitado de que, é somente pela elevação dos indicadores quantitativos da economia, como o PIB, é também esperado um avanço de indicadores qualitativos a respeito da qualidade de vida da população, mas juntamente com isso estar associado a valores como solidariedade, ética e ser um

desenvolvimento econômico humanista, e desse modo se faz nascer o desenvolvimento sustentável.

A caminhada é longa e difícil, mas não impossível. É necessário um esforço do poder público e de toda a sociedade, para fortalecer o movimento ambientalista e posteriormente um desenvolvimento econômico sustentável, é urgente a conscientização e educação da sociedade de que é necessária uma mudança da civilização para que o meio ambiente seja de fato protegido e fazer valer o exercício da sadia qualidade de vida e o direito a um meio ambiente equilibrado ecologicamente previsto na Constituição Federal de 1988.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **Derechos de la naturaleza**: el futuro es ahora. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Ayala, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

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

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 6938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a política nacional do meio ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e das outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BENJAMIN, Antonio Herman V. Constitucionalização do Ambiente e Ecologização da Constituição Brasileira. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; LEITE, José Rubens Morato (Orgs.). **Direito Constitucional Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2007.

IPHAN. Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: <http://portal.iphan.gov.br/uploads/ckfinder/arquivos/Declaracao%20de%20Estocolmo%201972.pdf>. Acesso em: 21 set. 2022.

NOBRE, Marcos. Desenvolvimento sustentado e problemática ambiental. **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, CEDEC, São Paulo, n. 47, ago., 1999. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ln/a/jyqFVXQ3WL8yfspyCrTTvRk/?lang=pt>. Acesso em: 21 set. 2022.

PIMENTA, Ricardo M. Big Data e controle da informação na era digital: tecnogênese de uma memória a serviço do mercado e do Estado. **Tendências da Pesquisa Brasileira em Ciência da Informação**, v. 6, n. 2, jul./dez., p. 1-19, 2013. Disponível em: <https://revistas.ancib.org/index.php/tpbci/article/view/291/291>. Acesso em: 21 set. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

O MEIO AMBIENTE E A TUTELA JURISDICIONAL SOB UMA PERSPECTIVA PREVENTIVA NOS CASOS DE SUICÍDIOS

ENVIRONMENT AND JURISDICTIONAL PROTECTION UNDER A PREVENTIVE PERSPECTIVE IN CASES OF SUICIDE

Bianca Andrade de Castro¹

Caroline Bianchi Cunha²

Francine Cansi³

RESUMO

A proposta das autoras é apresentar os impactos psicológico, sociais e econômicos, causados pelo meio ambiente em que se vive atualmente, pelo viés do novo tratamento jurídico e sociológico das questões ecológicas, a inovação dos direitos humanos, da qualidade de vida, do direito à paz e ao equilíbrio dos ecossistemas, entre outros. Também se quer demonstrar os conceitos históricos, a multidisciplinaridade e os aumentos progressivos dos índices de suicídios, diante das consequências desses acontecimentos dentro da ótica das novas sensibilidades e evolução cultural do homem-natureza como marco de busca da tutela ambiental da ecologia dentro das ciências sociais, constitucionais e tecnológicas.

PALAVRAS-CHAVE: Suicídio. Meio ambiente. Tutela ambiental. Estado Constitucional. Prevenções.

ABSTRACT

The authors' proposal is to present the psychological, social and economic impacts caused by the environment in which we currently live, through the bias of the new legal and sociological treatment of ecological issues, the innovation of human rights, quality of life, the right to peace and the balance of ecosystems, among others. It is also intended to demonstrate the historical concepts, the multidisciplinarity and the progressive increases in suicide rates, in view of the consequences of these events within the perspective of new sensitivities and cultural evolution of

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. bianca_adv10@hotmail.com.

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo. adv.carolinebianchi@gmail.com

³ Doutora em Ciência Jurídica Univali em Doutora em Agua y Desarrollo Sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Universidade de Alicante/Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Integrante da Comissão Estadual do Direito do Trabalho do RS. francine@cfmadvocacia.com

man-nature as a landmark in the search for the environmental protection of ecology within the sciences. social, constitutional and technological.

KEYWORDS: Suicide. Environment. Environmental protection. Constitutional State. Preventions.

INTRODUÇÃO

Ao se abordar um tema de extrema relevância, não apenas para o Direito, mas também para o ambiente social e para as demais áreas das ciências e do desenvolvimento humano, o que se evidencia é um caráter cada vez mais preocupante e chocante ao se avaliar a gravidade do problema e suas dimensões.

Neste contexto, o presente trabalho buscará esclarecer o que é o suicídio, suas principais origens, às consequências dele para a sociedade, o meio ambiente que se vive atualmente e qual sua principal relação com este problema, além das suas dimensões e também discorrerá sobre as consequências dos comportamentos suicidas, analisando-se, inclusive, a responsabilidade do Estado e do Governo.

E, ainda, abordará as questões ambientais, especialmente no que tange ao disposto e garantido através da Constituição Federal de 1988, acerca do meio ambiente, bem como sua qualidade e proteção, enfrentando, inclusive, a temática sobre a justiça ambiental brasileira, eis que a impunidade sobre os aspectos ambientais possuem diversas consequências à sociedade e ao meio ambiente, refletindo, assim, na saúde e na qualidade de vida das pessoas, e de certa forma, podendo gerar inclusive consequências no que tange aos casos de suicídios.

Assim, o tema tratado neste artigo revela-se de suma importância no campo dos direitos humanos e do ambiente sustentável, bem como na área atual do Estado Constitucional, salientando a necessidade urgente da tutela ambiental, as quais serão o cerne das considerações apresentadas.

1. HISTÓRIA DO SUICÍDIO E O DESENVOLVIMENTO SOCIOCULTURAL

Antes mesmo de adentrar no ambiente das causas e de todo o aspecto é preciso relatar que a palavra suicídio não é de agora, mas vem desde o século XVII, apesar de haver informações anteriores, mas não registradas sobre tais eventos.

Pelo que revela Durkheim (2011), foi a primeira a desenvolver um estudo sociológico à respeito do tema, cujo livro foi lançado em 1897, onde denominou-se como suicídio todo caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato positivo ou negativo praticado pela própria vítima, ato que a vítima sabia dever produzir este resultado.

Aliás sem adentrarmos nas questões morais e religiosas que foram acontecendo ao final do século XIX, a corrente suicidógena começou a ser fundada no capitalismo e no lucro, causando uma severa ausência de valores e regras, os quais se constituía por um fenômeno anormal perante a sociedade.

O que surpreende, ainda, à respeito do tema é que vários pensadores, cada uma a sua época, foi definindo o termo suicídio. Verificou-se que para Sêneca o termo suicido era um ato de heroísmo”, para Goethe como “um ato próprio da natureza humana, Já Kent definiu como “a destruição arbitrária e premeditada que o homem faz da sua natureza animal”, Rousseau como “uma violação ao dever de ser útil ao próprio homem e aos outros”, Nietzsche como “admitir a morte no tempo certo e com liberdade”, Sartre como “uma fuga ou um fracasso”, Shopenhauer como “positivação máxima da vontade humana”, e Durkheim como “todo o caso de morte que resulta direta ou indiretamente de um ato positivo ou negativo praticado pela própria vítima, ato que a vítima sabia dever produzir este resultado”. (SILVA, 1992 apud SHIKIDA, 2006).

Todos estes pensadores, autores e verdadeiros estudiosos do tema, seja sob o viés social, jurídico, empírico, entre outros, leva a reflexão do que precisa ser repensado para as sociedade mais atuais e no que tem que ser modificado, nesta transição de compreensões teóricas.

Além disso, também revelou Botega (2015, p.11) que:

“Devido à sua natureza dilemática, complexa e multidimensional, não há uma maneira única de olhar ou abordar o problema e o define da seguinte forma: os atos suicidas costumam conter uma ideia central mais evidente, relacionada ao ato de terminar com a própria vida, e ideias periféricas, menos evidentes, relacionadas à motivação, à intencionalidade e à letalidade”.

Marx (2006), e o italiano Enrico Morselli (1882), investigaram o aumento e regularidade de suicídios em países civilizados, relacionando as influências do meio ambiente, com questões psicológicas, sociais, étnicas e econômicas, levando em conta variáveis como a densidade da população e a qualidade de vida nos campos e nas cidades.

Já os estudos de Morselli (1882) tiveram como referência os primeiros dados estatísticos sobre suicídios nas Ciências Sociais, construídos pelo belga Quetelet e pelo francês Guerry.

Tais autores acima narrados, foram revolucionários ao apresentar em tabelas e mapas, alguns dados estatísticos sobre a criminalidade, o suicídio e outros aspectos morais e sociais, sendo que tais estudos abriram diversos caminhos na cartografia temática e na visualização de dados, assim como impulsionaram o desenvolvimento da Criminologia e da Sociologia Criminal (MORSELLI, 1882).

Portanto, ao iniciar, se busca entender essa relação do suicídio como se fosse uma “encruzilhada” epistemológica inevitável, a qual desafia paradigmas teóricos e metodológicos das Ciências Sociais, tendo em vista que é um tema essencialmente trans e multidisciplinar, como são os abordados, também, pela Criminologia.

Muitos anos se passaram desde das análises aqui apresentadas, mas o que deixa a perplexidade no ar é que o suicídio parece sempre retornar aos debate público de tempos em tempos, refletindo nas várias áreas (saúde coletivas, psiquiatria, medicina familiar, psicologia, etc), principalmente nas ciência humanas.

Entretanto, no Brasil suicidar-se não é mais considerado crime⁴, e o suicídio tem sido objeto de estudos voltados a uma compreensão comportamental do indivíduo que comete o ato, ou que tenta cometê-lo, negligenciando o fenômeno social que está evidente nesse processo.

Também ao que se demonstrou ao longo da história é que o comportamento suicida tem fortes relações com o ambiente que se vive, se identificando fatores protetores e também agravantes para o fenômeno, sendo imprescindível trazer à tona a importância das organizações e dos responsáveis pela sua prevenção, pois não é exatamente o corpo que morre: é o corpo que leva consigo o ordenamento ético, moral e social, sendo o autor do crime, também a sua vítima, eis que são traumas que vão, traumas que ficam.

2. SAÚDE, SEGURANÇA E BEM-ESTAR SOCIAL

O conceito de qualidade de vida pode ser muito variado, pois está relacionado à época de uma sociedade, cultura e necessidades de bem estar de um povo. Por não haver um consenso acerca do conceito de qualidade de vida, a OMS (Organização Mundial da Saúde) definiu qualidade de vida como a “percepção do indivíduo de sua posição na vida, no contexto da cultura e sistemas de valores nos quais ele vive em relação aos seus objetivos, expectativas, padrões e preocupações”.

Antropólogos explicam que não são todos que realmente buscam a morte e por isso não é possível compreender o suicídio de uma forma homogênea. A heterogeneidade é a chave que justifica tal compreensão, bifurcado em um nível social e outro individual (GANDRA, 1984), o suicídio na Antropologia só é passível de análise quando efetivamente visto nos nuances sociais externos que coordenam as vivências e no íntimo daqueles que afetam e são afetados pelo meio. E assim o suicídio é uma unidade resultante das relações humanas.

Ainda que a sociedade admita o entendimento do ato suicida como objeto último para resolução de problemas tal visão é censurada e silenciada como algo que jamais alguém seria capaz de vislumbrar. Portanto, em estância final, o suicídio é algo condenado socialmente.

No caráter individual, o suicida busca mudanças, busca realidades que distinguem do que uma vez lhe fora posto e assim existe como uma porta para o desconhecido na qual não ter

⁴Anota-se que apesar de o suicídio não ser legalmente um crime no Brasil, a participação ou incentivo ao seu ato o é, previsto no artigo 122.º do Código Penal Brasileiro (Decreto Lei n.º 2848/1940 alterado pela Lei nº 13.968, de 26 de dezembro de 2019)

certeza sobre qualquer não é desistir de viver e sim passar a existir em outra realidade (GANDRA, 1984).

Segundo Soares (2015), o conhecimento de que a divulgação de suicídios aumenta a probabilidade de novos suicídios, levou vários países a implementar recomendações à mídia, entre eles Alemanha, Austrália, Áustria, Canadá, Estados Unidos, Japão, Nova Zelândia, Suíça, além de apoiados pela Organização Mundial de Saúde e o CDC (Center for Disease Control⁵).

O Brasil segue essa linha, mesmo sem ter nenhuma diretriz formulada a partir de indicadores demonstrando que esse é o melhor caminho para prevenir ou reduzir as tentativas e mortes por suicídio.

O que ocorre é a ocultação de qualquer tipo de informação sobre o tema, tanto em relação aos detalhes, como fotos, informações sobre o meio e o local etc. quanto aos locais de tratamento e as pesquisas sobre o tema (SOARES, 2015).

O suicídio é um tema entendido como uma anormalidade que ofende e pode contaminar de alguma forma a população, dessa forma, ocultar as informações é um forma de “preservar” tanto as pessoas quanto o governo, tendo em vista que se trata de um problema de saúde pública⁶

Desse modo, a convivência humana, o bem-estar social e todo o enredo dessa temática, começou a ser importante indicador de qualidade de vida, resultando em diversos ganhos para as sociedades, inclusive para a segurança e saúde dos trabalhadores, estimando a melhora na responsabilidade social sob um conjunto de técnicas e atos que permitam a adequação do meio ambiente neste aspecto, observando-se a dignidade da pessoa humana.

3. O SUICÍDIO E A RESPONSABILIDADE SOCIAL

Os dados mundiais são sistematizados e consolidados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em base a diferentes fontes e indicam que ocorrem no mundo cerca de 700 mil mortes, anualmente, por suicídio.

Quanto as informação elencadas neste texto se evidencia uma aquiescência das informações, visto que a coleta de dados para os bancos nacionais alimentados demandam uma regularidade dos órgãos públicos e privados que os alimentam.

⁵ Na tradução: Centro de Controle de Doenças.

⁶ Vale ressaltar que algo parecido ocorreu em uma campanha publicitária para o dia dos namorados em que casais homo afetivos apareciam trocando presentes, parlamentares e religiosos lograram retirar sob pressão o anúncio da mídia, com argumento de que as imagens contagiariam os heterossexuais.

Conforme referencia WHO (2014, p. 9 e 16, tradução nossa) muitos países, em geral, os mais pobres, não há sequer uma forma de coleta de dados epidemiológicos da população local ou sequer há recolhimento de casos de suicídio, por exemplo. Há outros sistemas de coleta, por estigmatização e/ou preconceito (em alguns países a prática é considerada ilegal), que as ocorrências não são devidamente reconhecidas e classificadas.

Pelas pesquisas realizadas à respeito do que influencia o suicídio se verifica que há uma certa similaridade nas informações apresentadas, quanto as regiões, a faixa etária, os gêneros, entre outras comparações. Mas o que verdadeiramente chama a atenção é que as mulheres têm pensamentos suicidas mais reiterados, sendo que os homens cometem o ato de tirar a própria vida, com mais frequência.

Ainda, em setembro de 2021, um estudo epidemiológico realizado pela Secretaria de Vigilância em Saúde do Brasil, do Ministério da Saúde evidenciou que o suicídio é muito maior entre os homens apresentam um risco 3,8 vezes maior de mortes por suicídio que em mulheres. Inclusive, o mesmo estudo observou um aumento das taxas para ambos os sexos.

Para Dutra (2010), o suicídio, ainda nos dias atuais, segue envolto numa aura de pecado, vergonha e preconceito, assim como na Inglaterra do século XVII, em que o corpo do suicida era atravessado por uma estaca e colocado numa encruzilhada, com uma pedra na cabeça, de modo que não voltasse para assombrar os vivos. Já na prática japonesa do hara-quiri, o suicídio era considerado honroso.

Dutra (2010), alerta que o suicídio não é necessariamente causado por psicopatologia. Tanto que muito está expresso na cultura imediatista e capitalista contemporânea rejeita a angústia, a tristeza e o mal-estar que, inevitavelmente, acompanham a vida e exige competência, agilidade e jovialidade facilitando, deste modo, que pessoas não “encaixadas” nesta visão de mundo venham a ser consideradas doentes.

A patologização do suicídio, observa Dutra (2010), reforça estigmas e preconceito contra quem o pratica e protege do mal-estar de pensar que o suicídio pode, sim, ser pensado como uma alternativa viável para a vida e resultar de uma decisão racional.

Não podemos taxar o “tirar a própria vida” como um problema de cunho puramente moral, visto que somente a própria pessoa conhece seu extremo suportável de sofrimento ou miséria posto que o Estado liberal moderno, a princípio, está à serviço da vida e deve reconhecer a fragilidade jurídica sobre a vida humana.

Adotando uma visão ampliada de saúde, Dutra (2010) ressalta que as características socioeconômicas do contexto onde ocorre o suicídio não devem ser ignoradas:

Não podemos ignorar o fato de que uma sociedade que exclui os cidadãos do sistema educacional e de saúde e que elimina as oportunidades de uma melhor qualidade de vida é também uma sociedade que favorece a perda de sentido de vida e, desse modo, reforça, em algumas pessoas, o desejo de não mais viver. (p. 246)

Assim, a responsabilização social quanto a essas revelações, de às vezes não ser haver escolhas, da condução da sociedade é um importante estado de alerta ao enfrentamento dos desafios a uma redefinição da segurança pública, sendo imprescindível uma análise social/segura/humana, na qual tanto o indivíduo quanto a coletividade fazem parte do mesmo objeto de exame.

4. MEIO AMBIENTE E A JUSTIÇA AMBIENTAL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DO BRASIL

Para compreender e entender o atual panorama no Brasil acerca da justiça ambiental e do meio ambiente, é necessário analisar os artigos na Constituição Federal de 1988, que tratam sobre o assunto e que dão suporte e ensejamento para criação das leis que garantem a justiça ambiental brasileira e que dispõe sobre o meio ambiente.

Nesse sentido, o Capítulo VI, intitulado como “Ordem social” da Constituição Federal de 1988, primeira constituinte a tratar sobre o tema, é destinado apenas ao meio ambiente, dispondo, em seu artigo 225:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (BRASIL, 1988)

Nesse viés, tendo em vista Salles (2013), afirma que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi consagrado constitucionalmente como direito fundamental de tríplice dimensão, sendo individual, eis que a qualidade de vida sadia interessa a cada pessoa; social, porque é considerado bem de uso comum do povo, sendo difuso, integrando um patrimônio coletivo; e intergeracional, eis que todas as gerações devem defender e preservar o meio ambiente para as futuras gerações.

Ainda, importante salientar a divisão dos direitos fundamentais em gerações. Estas, por sua vez, segundo Fernandes (2003), se complementam, sendo de primeira geração os direitos pertencentes aos indivíduos, em que asseguram a liberdade dos mesmos; os de segunda geração, que buscam a igualdade entre todos os cidadãos, promovendo assim a justiça; e os da terceira geração, que buscam o desenvolvimento, estando incluso nesta geração o meio ambiente sadio e equilibrado, eis que de patrimônio comum da humanidade, sendo outro direito, o da solidariedade.

Somado a isso, em um panorama global, imprescindível destacar que o meio ambiente foi reconhecido pelo Conselho de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU), como um direito humano ter um meio ambiente limpo, saudável e sustentável (NAÇÕES UNIDAS BRASIL, 2021).

Por outro lado, no que se refere a justiça ambiental tutelada pela Lei Maior, conforme o artigo 225, §3º da Constituição Federal, “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.” (BRASIL, 1988).

Diante disso, haja vista ser garantida e tutela do meio ambiental, pelo texto constitucional, surgiram diversas leis e regramentos para definirem as penalidades no que tange ao descumprimento da tutela ambiental, havendo, a título exemplificativo, as seguintes leis: Novo Código Florestal Brasileiro (BRASIL, 2012), em que, num panorama geral, trata sobre a proteção da vegetação nativa e sobre a exploração florestal, trazendo também os instrumentos econômicos para o alcance dos objetivos; Leis de Crimes Ambientais (BRASIL, 1988), em que dispõe sobre as sanções penais e administrativas de condutas lesivas ao meio ambiente; Política Nacional do Meio Ambiente (BRASIL, 1981), que refere sobre os fins da política ambiental e seus mecanismos de aplicação, dentre diversas leis.

Ademais, vale dispor que, a noção de tutelar o meio ambiente, a fins de que permanece saudável, vai muito além do imaginado, eis que, segundo Guimarães:

O atendimento do direito fundamental ao meio ambiente equilibrado está em sintonia com a noção de pleno desenvolvimento da personalidade humana, entendendo-o como diretamente vinculada à redução das desigualdades sociais, erradicação da pobreza, bem como ao direito à saúde e a vida digna. (2018, p. 52)

Dessa forma, verifica-se que tal tutela e justiça ambiental visam, além do objetivo principal que é resguardar e conservar o meio ambiente, a fauna e a flora, buscar também a defesa de uma vida digna, saudável, eis que a condição de vida humana depende essencialmente de um meio ambiente equilibrado, sendo que o colapso do ambiente levaria indubitavelmente ao suicídio coletivo.

Em vista disso, Silva dispõe sobre o objetivo da proteção do meio ambiente:

O objetivo da tutela jurídica não é tanto o meio ambiente considerado nos seus elementos constitutivos. O que o Direito visa a proteger é a qualidade do meio ambiente em função da qualidade de vida. Pode-se dizer que há dois objetos na tutela: um imediato, que é a qualidade do meio ambiente; e outro mediato, que é a saúde, o bem-estar e a segurança da população, que se vem sintetizando em “qualidade de vida”.(2003, p. 81)

Por conseguinte, como exemplo da importância do meio ambiente saudável para a vida cotidiana das pessoas, tem-se indivíduos que residem em grandes metrópoles onde o ar costuma ser pesado; cidades em que as temperaturas são irregulares; locais aonde há racionamento de água; secas, queimadas, devastações, tornados e etc. Tais condições, por evidente, influenciam, e muito na vida das pessoas.

Outros exemplos sobre influências do meio ambiente também podem ser referenciado com questões econômicas e sociais das pessoas, relacionado aonde residem (como exemplo, em locais aonde há riscos altos de desmoronamentos, secas, etc), bem como no que tange aos alimentos que podem ser produzidos no local e demais questões.

Sendo assim, atualmente, a reivindicação dos direitos humanos se expõe com novas perspectivas, em diversas áreas e temas, tais como direitos dos consumidores, à qualidade de vida, e também a um meio ambiente que seja equilibrado ecologicamente (PEREZ-LUÑO, 2012, p. 56).

Diante disso, a importância salutar em observar os direitos consagrados constitucionalmente e também em normas infraconstitucionais, no que tange ao aspecto ambiental, visto que tais direitos se correlacionam e possuem impactos com diversos aspectos na vida dos indivíduos e da sociedade como um todo.

5. EFICÁCIA DA JUSTIÇA AMBIENTAL NO BRASIL

Primeiramente, a expressão justiça ambiental foi utilizada por algumas organizações dos Estados Unidos, na década de 1960, eis que iniciaram a luta pelos direitos civis das populações mais pobres e também de diversos indivíduos que estavam sendo discriminados devido a exposição maior aos riscos ambientais (ARENHART, 2015).

Dessa forma, a justiça ambiental compreende, na visão de Acsehrad, Herculano e Pádua:

Por tratamento justo entende-se que nenhum grupo de pessoas, incluindo-se aí grupos étnicos, raciais ou de classe, deva suportar uma parcela desproporcional das consequências ambientais negativas resultantes de operações industriais, comerciais e municipais, da execução de políticas e programas federais, estaduais, locais ou tribais, bem como das consequências resultantes da ausência ou omissão dessas políticas. (2004, p. 09-10)

Sendo assim, a grande questão que atualmente está sendo debatida, é até que ponto a justiça ambiental brasileira é ou não eficaz, bem como se os cidadãos respeitam as leis e ordenamentos.

Isso porque, se entendida pelos indivíduos que a natureza/meio ambiente se trata de meros recursos naturais e negócios, poderá levar a extermínio da mesma, eis que restará

juridicamente ferida, a não ser que as normas legais se cumpram para evitar a impunidade e prevenir o meio ambiente saudável. (ACOSTA, 2009)

Nesse contexto, vale dispor que, a existência de leis e regramentos que tratam sobre a temática ambiental, ecológica, existem para atenuar os riscos referentes as catástrofes ambientais e climáticas; para impor limites aos indivíduos, em respeito a conservação da natureza e consequentemente de um meio ambiente equilibrado; para punir os cidadãos que se excederem ao não respeito das leis e normas; e uma série de outros fatores, dentre eles, para proporcionar a cada ser humano, de um modo globalizado, a vivência no mundo de forma mais saudável e segura.

Sendo assim, necessário debater sobre a eficácia das normas jurídicas ambientais existentes, uma vez que, “os políticos, os legisladores, os juízes e os funcionários que criam ou aplicam o direito ecológico acabam por acreditar na virtualidade das respostas normativas.” (PERES-LUÑOS, 2012, p. 59)

Com isso, dispõe Peres-Luños (2012) que, no que tange a eficácia ou ineficácia das normas ambientais, é necessário realizar uma efetiva análise das normas e dos casos concretos para apurar tais eficácias ou não, sendo que, mesmo que algumas normas se apresentem como meramente funções simbólicas, mesmo assim teriam contribuição, no que se refere a estimulação dos poderes públicos e incentivo para a opinião pública.

No mais, relacionado a eficácia da justiça ambiental ligada ao Brasil:

No Brasil, país caracterizado pela existência de grandes injustiças, o tema da justiça ambiental vem sendo reinterpretado de modo a ampliar seu escopo, para além da temática específica da contaminação química e do aspecto especificamente racial da discriminação denunciada. As gigantescas injustiças sociais brasileiras encobrem e naturalizam um conjunto de situações caracterizadas pela desigual distribuição de poder sobre a base material da vida social e do desenvolvimento. A injustiça e a discriminação, portanto, aparecem na apropriação elitista do território e dos recursos naturais, na concentração dos benefícios usufruídos do meio ambiente e na exposição desigual da população à poluição e aos custos ambientais do desenvolvimento. (ACSELRAD, HERCULANO e PÁDUA, 2004, p. 10)

Além disso, complementa Acosta (2009), que parcela significativa da população não atende suas necessidades básicas, gerando desnutrição crônica, reduzindo o desenvolvimento neurológico destas pessoas, gerando ainda mais desigualdade social, criando um colossal dispêndio ambiental, eis que está sendo destruído e modificado diversos sistemas originais, aquecimento global, diminuição das geleiras, culminando para a vulnerabilidade ambiental.

Acrescido a isso, de acordo com Pilau Sobrinho (2003), para que haja uma melhor qualidade de vida nos indivíduos, é imprescindível que seja investido em avanços tecnológicos, devendo o Estado fiscalizar tais ações, para que as vantagens sejam distribuídas de forma igualitária, e não somente aos indivíduos que possuam condições financeiras vultuosas.

Portanto, é notório que ainda há tamanha desigualdade social no Brasil, levando a existirem, dessa forma, diversas outras desigualdades, resultante, inclusive, em uma justiça ambiental pouco eficaz, na qual além de concentrar os benefícios usufruídos do meio ambiente em pequena parcela da população, em contraponto com a exposição à poluição e tudo o que um ambiente poluído proporciona, para a maioria da população, há diversas impunidades no que tange a imposição da lei, eis que a mesma se aplica apenas em casos isolados, sendo que a maioria das pessoas não possuem a consciência para o cumprimento das determinadas normas, comprovado através das tamanhas desigualdades já mencionadas.

6. COMO O AMBIENTE SAUDÁVEL INFLUENCIA NA REDUÇÃO/PREVENÇÃO AO SUICÍDIO

Em um primeiro momento, importante salientar que, nos termos acima dispostos, meio ambiente aborda e integra além dos aspectos físicos e biológicos, também aspectos sociais, que causam impacto diretamente na vida das pessoas, sendo uma delas, a propensão ou não ao suicídio.

Nesse sentido, leciona Guimarães:

Nessa perspectiva, integra-se ao direito fundamental ao meio ambiente equilibrado, o direito à saúde, previsto no rol dos direitos sociais (art. 6º, da Constituição Federal). Na discussão deste artigo, pode-se afirmar que, na maioria das vezes, as situações de degradação ambiental a que ficam sujeitas as classes menos favorecidas e o pouco acesso a recursos naturais importa em perda de saúde, de qualidade de vida e, em alguns casos, da própria vida. Além disso, integra essa perspectiva os direitos dos trabalhadores, em especial a um meio ambiente de trabalho digno e que atenda às normas de saúde, higiene e segurança, nos termos da Constituição Federal. (2018, p. 54)

Sendo assim, o meio ambiente equilibrado por ser um direito fundamental, se engloba conjuntamente ao direito à saúde, o que conecta e interfere diretamente o meio ambiente equilibrado e em casos de suicídio, eis que o mesmo se trata de uma questão de saúde pública, no qual deve ser mais notado, especialmente pelo Poder Público, para que realize políticas públicas para a prevenção, bem como para tratamento da doença mental que afeta o indivíduo suicida, antes do acometimento do ato e, no que tange a questão ambiental, para que proporcione um meio ambiente de maior qualidade e equilibrado, evitando-se que os meios externos influenciem na decisão do indivíduo.

Somado a isso, conforme dispõe Sen (2000, p. 269), é necessário haver além da imposição do Estado, através de normas reguladoras, também uma mudança cultural das próprias pessoas, no sentido de valores sociais e morais, bem como um senso de responsabilidade, eis que o desafio ambiental faz parte de uma coletividade, podendo o

desenvolvimento da ética ambiental se inserir no contexto da regulamentação impositiva do Estado.

Portanto, o Estado regulando questões ambientais, fazendo com que o meio ambiente permaneça equilibrado, e conseqüentemente proporcionando as pessoas melhores qualidades de vida, no que diz respeito ao aspecto moral, econômico, social, e etc, também está contribuindo, indiretamente, para que haja uma possível contenção no que tange aos casos de suicídio, uma vez que, conforme acima narrado, os casos de suicídio muito estão ligados ao meio social em que se vive.

Ademais, da mesma forma que o meio ambiente auxilia nas questões relacionadas à saúde das pessoas, a saúde, tanto mental como física, auxilia também para haver um meio ambiente de maior qualidade, fazendo então, com que haja essa contribuição bilateral. Assim, dispõe Carvalho:

Para melhorar a situação da saúde e reduzir iniquidades, considerando essa abordagem dos determinantes sociais, é necessário que intervenções coordenadas e coerentes entre si sejam implementadas nos setores da sociedade que influenciam seus determinantes estruturais. Por sua vez, a boa saúde contribui para outras prioridades sociais como o bem-estar, a educação, a coesão social, a preservação do meio ambiente, o aumento da produtividade e o desenvolvimento econômico. Isso gera um “círculo virtuoso” no qual a saúde e os seus determinantes se retroalimentam e se beneficiam mutuamente. (CARVALHO, 2013, p. 21)

Ademais, dispõe Machado (2002), que todo indivíduo tem direito a uma vida digna, embasado no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, eis que não basta meramente se manter vivo, mas sim que a vida do indivíduo possua qualidade, implicando um conjunto de fatores como educação, saúde, pois a mesma envolve os elementos da natureza de água, solo, ar, flora, fauna e etc.

Dessa forma, conforme já acima demonstrado, o direito fundamental à saúde dos indivíduos se correlaciona totalmente com a questão ambiental, eis que os elementos da natureza são imprescindíveis para a sobrevivência humana, bem como no que tange a sua qualidade de vida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que se compreendeu e que se propõe é um novo pensamento, uma nova abordagem dos desafios epistemológicos e conceituais para a compreensão das mortes por suicídio e o que o meio ambiente não equilibrado pode influenciar na qualidade de vida das pessoas e, de certa forma, nos casos de suicídio.

Assim, ao analisar o trabalho exposto, percebe-se que no Brasil, em que pese tenha sido realizado um grande avanço na legislação ambiental, estando consagrado o meio ambiente

como um direito fundamental de terceira geração, garantido pela Constituição Federal de 1988 e demais normas infraconstitucionais, ainda há grandes injustiças sociais no Brasil, fazendo com que haja encobrimento e naturalização da utilização do meio ambiente irregular por parte da sociedade, especialmente ligada a camada econômica mais avantajada da população, em detrimento da exposição desigual da outra classe econômica mais baixa, em um meio ambiente desequilibrado, expostos a poluição, falta de questões de saúde e higiene básicas, e diversas situações que interferem na qualidade de vida dos mesmos.

Nesse sentido, foi também observado a grande interferência em que a qualidade de vida das pessoas, através do meio em que vivem, possuem influência nos casos de suicídio, eis que uma sociedade que não se preocupa em manter a qualidade de vida dos outros, e um Estado que não a garante, especialmente no que tange as questões atinentes ao meio ambiente e a saúde dos indivíduos, se torna oportuno para o cometimento de suicídios, eis que afasta os cidadãos de uma qualidade de vida benéfica e com dignidade, propiciando, assim, o interesse em não mais existir.

Portanto, se torna salutar a necessidade de conscientização de toda a população para o enfrentamento e comprometimento para com o equilíbrio ambiental, eis que se trata de um bem de uso comum de todos, um patrimônio universal, que influencia diretamente na vida das pessoas, especialmente na qualidade de vida de todos e a saúde dos indivíduos.

Somado a isso, é necessário que haja a ampliação de políticas públicas para promoção de um meio ambiente ecológico saudável e equilibrado, propiciando, dessa forma, a melhora na qualidade de vida das pessoas, especialmente na classe econômica mais baixa da população, melhorando também, questões atinadas a saúde, bem como para que auxilie na redução de casos de suicídio, eis que fora analisado a grande influencia nos suicídios no que se refere ao meio em que o suicida vive.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **Derechos de la naturaleza: el futuro es ahora**. Quito, Equador: Ediciones, Abya-Ayla, 2009.

ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. A justiça ambiental e a dinâmica das lutas socioambientais no Brasil: uma introdução. In: ACSELRAD, Henri; HERCULANO, Selene; PÁDUA, José Augusto. **Justiça ambiental e cidadania**. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 2004. p. 9-22.

ARENHART, Débora França. Justiça ambiental. **Ponto de Vista Jurídico**. Caçador, pág. 35-57, jun. 2015.

BOLETIM EPIDEMIOLÓGICO. **Mortalidade por suicídio e notificações de lesões autoprovocadas no Brasil**. Secretaria de Vigilância em Saúde/ Ministério da Saúde. Nº 33. Volume 52/set. 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/centrais-de->

conteudo/publicacoes/boletins/epidemiologicos/edicoes/2021/boletim_epidemiologico_svs_33_f
inal.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.

BOTEGA, Neury José. **Crise suicida: avaliação e manejo**. Poro Alegre: Armed, 2015.

BRASIL, Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988**. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL, **Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL, **Lei n. 12.651, 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 mai. 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm> . Acesso em: 07 de set. 2022.

BRASIL, **Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 31 ago. 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm> . Acesso em: 07 de set. 2022.

BRASIL, **Lei n. 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 12 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm> . Acesso em: 07 de set. 2022.

BRASIL, **Nações Unidas Brasil**. Meio ambiente saudável é declarado direito humano por Conselho da ONU. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/150667-meio-ambiente-saudavel-e-declarado-direito-humano-por-conselho-da-nu#:~:>> . Acesso em: 07 ago. 2022.

BRASIL, **Nações Unidas Brasil**. Um em cada cem mortes ocorre por suicídio, revelam estatística da OMS. Brasília, DF, 2021. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/132195-uma-em-cada-cem-mortes-ocorre-por-suicidio-revelam-estatisticas-da-oms>> . Acesso em: 10 set. 2022.

CARVALHO, Antonio Ivo. Determinantes sociais, econômicos e ambientais da saúde. In FUNDAÇÃO OSWALDO CRUZ. A saúde no Brasil em 2030 - prospecção estratégica do sistema de saúde brasileiro: população e perfil sanitário [online]. Rio de Janeiro: **Fiocruz/Ipea/Ministério da Saúde/Secretaria de Assuntos Estratégicos da Presidência da República**, 2013. Vol. 2. pp. 19-38. Disponível em: <<https://saudeamanha.fiocruz.br/wp-content/uploads/2016/07/11.pdf>> . Acesso em: 25 ago. 2022.

DURKHEIM, Emile. **O suicídio: estudo de sociologia**. Lisboa; São Paulo: Presença; Martins Fontes, 1973.

DURKHEIM, Emile. **O suicídio: estudo sociológico** (9a ed.). (Coleção Universidade Hoje). Lisboa: Presença, 2011.

DUTRA, Elza. Suicídio no Brasil: estratégias de prevenção e intervenções. In Hutz, C. (Org.). **Avanços em Psicologia Comunitária e intervenções psicossociais** (p. 223-264). São Paulo: Casa do Psicólogo, 2010.

FERNANDES, Jefferson Nogueira. **O Direito Fundamental ao Desenvolvimento Sustentável**. Direito ambiental, São Paulo, v.1, n.1, 2003.

- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade I: A Vontade de Saber**. Rio de Janeiro: Graal, 1988.
- GANDRA, Daniela. Suicídio na perspectiva antropológica. **Morte e suicídio: uma abordagem multidisciplinar**. Petrópolis: Vozes, p. 176–182, 1984.
- GUIMARÃES, Virgínia Totti. Justiça ambiental no Direito Brasileiro: Fundamentos constitucionais para combater as desigualdades e discriminações ambientais. **Teoria Jurídica Contemporânea**. Rio de Janeiro, pág. 36-63, jun.2018. Disponível em: https://www.jur.puc-rio.br/wp-content/uploads/2021/08/GUIMARAES_Justica-ambiental-no-Direito-brasileiro_dez2018.pdf. Acesso em: 22 ago. 2022.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MARX, Karl. **Sobre o suicídio**. São Paulo: Boitempo, 2006.
- MISHIMA, Yukio. **Confissões de uma Máscara**, Companhia das Letras, 2004.
- MORSELLI, Henry. **Suicide: an essay on comparative moral statistics**. New York: D. Apple-ton and Company, 1882.
- OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE, 2013. **Qualidade de vida em 5 passos**. Genebra: 2013. Disponibilizada em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/dicas/260_qualidade_de_vida.html. Acesso em: 05 set. 2022.
- PEREZ-LUÑO, Antonio Henrique. **Perspectivas e tendências atuais do Estado Constitucional. Tradução de José Luiz Bolzan de Moraes e Valéria Ribas do Nascimento**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- PILAU SOBRINHO, Liton Lanes. **Direito à saúde: uma perspectiva constitucionalista**. 1ª ed. Passo Fundo: Ed. Universidade de Passo Fundo, 2003.
- SALLES, Carolina. O meio ambiente como um direito fundamental da pessoa humana. **Jusbrasil**. Disponível em: <https://carollinasalle.jusbrasil.com.br/artigos/112172281/o-meio-ambiente-como-um-direito-fundamental-da-pessoa-humana>. Acesso em: 05 set. 2022.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2003.
- SILVA, José Antônio da. **Interações familiares na decisão do suicídio. Morte e suicídio: uma abordagem multidisciplinar**. p Petrópolis: Vozes, p. 183-187, 1984.
- SOARES, Gláucio. **Mídia, Suicídios e Contágio**. Disponível em:<http://www.rolim.com.br/2002/_pdfs/midia5suicidio.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION - WHO. **Preventing suicide: a global imperative** [Internet]. Geneva: World Health Organization; 2014, [cited 2018 Sep 25]. 88p. Disponível em <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/131056/1/9789241564779_eng.pdf?ua=1&ua=1>. Acesso em: 22 ago. 2022.
- WORLD HEALTH ORGANIZATION – WHO. **Self directed violence** [Internet]. 2002 Disponível em: www.who.int. Acesso em: 08 set. 2022.

O PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE HOMENS E MULHERES A PARTIR DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE PRINCIPLE OF EQUALITY BETWEEN MEN AND WOMEN FROM THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

Bianca Andrade de Castro¹

Francine Cansi²

Karen Beltrame Becker Fritz³

RESUMO

O objetivo deste estudo é apresentar a importância e os aspectos do princípio da igualdade entre homens e mulheres através dos estudos lastreados pela análise econômica do direito. O método utilizado é o dedutivo, através de uma pesquisa bibliográfica por meio de teóricos clássicos e contemporâneos. Cabe analisar os verdadeiros reflexos que essa nova área do Direito vem trazer aos seus estudiosos, na possibilidade de encontrar uma saída para as discriminações e que se consiga efetivar os tão sonhados respeito. O viés a ser analisado é uma forma de pensamento crítico, pois apesar de tantas conquistas, ainda se faz necessária a interdisciplinaridade da temática, como eixo norteador de novas conquistas, rompendo-se antigos segmentos de poder entre homens e mulheres. Argumento que é imperativo considerar em profundidade, especialmente nas áreas onde as desigualdades de gênero se manifestam, para que sua ruptura possa contribuir para a transformação social em favor da igualdade efetiva entre mulheres e homens por meio das políticas sociais e econômicas, o direito efetivo à igualdade, que precisam ampliadas à consolidação dos direitos das mulheres. É um requisito que se confere a todos, demandando que o Estado e a sociedade civil se envolvam em direções resolutas para tornar a igualdade concreta e real para todas as mulheres.

¹ Mestranda em Direito do Programa de Mestrado da Universidade de Passo Fundo. Advogada. Vice-presidente da Comissão Estadual de Direito do Trabalho do RS. bianca_adv10@hotmail.com

² Doutora em Ciência Jurídica Univali em Doutora en Agua y Desarrollo Sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Universidade de Alicante/ Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional: Estado Instituições e Democracia. Advogada Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais (Direito) Universidade de Passo Fundo- UPF/RS. Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho, Especialista em Direito Processual Civil. Advogada. Integrante da Comissão Estadual de Direito do Trabalho do RS ABA e OAB/RS. Professora de Graduação e Pós Graduação da Faculdade UNIABA/DF francine@cfmadvocacia.com; <https://orcid.org/0000-0002-1434-4862>

³ Pós Doutora em Direito pela Universidad de Sevilla, Espanha (2018). Graduada em Ciências Econômicas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) em 1997 e mestre em Economia Rural pela UFRGS (2000). Doutora em Desenvolvimento Rural, pelo Programa de Pós-Graduação em Desenvolvimento Rural da Faculdade de Ciências Econômicas da UFRGS (2009). Atualmente é Professora Titular II da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e faz parte do corpo docente permanente do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito. Tem experiência na área de Economia, Desenvolvimento e Análise Econômica do Direito. Em 2010 recebeu a menção honrosa do prêmio Edson Potsch Magalhães (Melhor Tese em Economia Rural), promovido pela Sociedade Brasileira de Economia, Administração e Sociologia Rural (SOBER). Integrante do CPG - Conselho da Pós-Graduação do Programa de Pós-Graduação Mestrado em Direito (PPGD), a partir de 2019. até a presente data. Editora associada da revista Justiça do Direito (A1) desde 2017 até a presente data. karenfritz@upf.br

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade humana. Igualdade de gênero. Interdisciplinaridade. Princípio da Igualdade. Teoria da análise econômica do Direito.

ABSTRACT

The objective of this study is to present the importance and aspects of the principle of equality between men and women through studies backed by the economic analysis of law. The method used is deductive, through a bibliographical research through classical and contemporary theorists. It is necessary to analyze the true reflections that this new area of Law brings to its scholars, in the possibility of finding a way out of discrimination and achieving the long-awaited respect. The bias to be analyzed is a form of critical thinking, because despite so many achievements, the interdisciplinarity of the theme is still necessary, as a guiding axis of new achievements, breaking old segments of power between men and women. I argue that it is imperative to consider in depth, especially in areas where gender inequalities are manifested, so that their rupture can contribute to social transformation in favor of effective equality between women and men through social and economic policies, the effective right to equality, which need to be expanded to consolidate women's rights. It is a requirement that is given to everyone, demanding that the State and civil society get involved in resolute directions to make equality concrete and real for all women.

KEYWORDS: Human dignity. Gender equality. Interdisciplinarity. Principle of Equality. Theory of economic analysis of law.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Dissertar sobre referida temática até parece redundância de informações, no entanto a abordagem utilizando como norte a análise econômica do direito pode ser caracterizada, não apenas como uma prática única, mas como alcance às questões específicas sobre as causas ou consequências ou valor social de uma norma jurídica. Em outras palavras, a típica análise econômica do direito investiga uma regra ou instituição jurídica específica, ao invés de fazer afirmações gerais sobre a natureza do direito.

Nesse ponto, implica em interpretar a reciprocidade entre normas e princípios, e também o sistema como um todo à ordem constitucional de justiça social, bem comum, dignidade da pessoa humana, especialmente de igualdade e sua inserção sob à égide da análise econômica do Direito, cuja abordagem jus econômica pode ser criteriosamente utilizada na busca pela mais adequada leitura da Constituição.

Ademais, a máxima efetividade da norma é medida pelo maior alcance de suas finalidades e proteção jurídica, com amplo alcance em benefício da sociedade. Assim, segundo Cardoso

(2015), sob o aspecto da análise econômica do direito, dentre possibilidades interpretativas distintas, o mote da interpretação constitucional deve ser contemplado pelo benefício jurídico insculpido na norma, especialmente quando há valores jurídico-sociais como o direito a igualdade.

Com isso em mente, entende-se que a análise econômica do direito age como teoria positiva do direito, tendo por objeto os comportamentos integrantes, ou não, dos mercados explícitos e informados pela lógica econômica, razão de sua relevância para a regulação. A desmistificação da teoria, dá-se através da contraposição entre eficiência e justiça, ficando para reflexões posteriores a análise mais específica dos referenciais de uma sociedade justa, segundo a formulação dos autores mais representativos da filosofia moral atual.

Diante disso, este estudo pretende desenvolver, dedutivamente, a possibilidade de enaltecer um conceito de igualdade e a inserção deste princípio sob à égide da análise econômica do Direito. Esta ideia-força anima o desafio da ótica de que ninguém quer ser inimigo das igualdades pois tanto se evoluiu a respeito do tema e das políticas discriminatórias.

O interesse parte do viés teórico contemporâneo, fundindo a figura do Estado e do indivíduo para uma categoria de pertencimento social no efeito jurídico. Até mesmo porque, pretende-se romper antigas tradições deste conceito que vem sendo muitas vezes maculado pela história e pelas atrocidades políticas, ao mascarar a sua essência, sua identificação e seu ideal de homens e mulheres, legitimados teoricamente como iguais.

1. O PRINCÍPIO DE TUDO – IGUALDADE X DIGNIDADE

Na concepção de Canotilho (2002), direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, essencialmente direito de autonomia e direitos de defesa. São caracterizados como individuais, porque pertencem exclusivamente à pessoa, e o Estado como titular de direitos, com o dever de proteger o cidadão, vela pelo seu cumprimento. Outrossim, os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

A Assembleia Constituinte, que emergiu da Revolução Francesa de 1789, foi um marco para a história dos direitos e da cidadania. A nova constituição, elaborada pelos revolucionários, intitulada Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, afirmava, entre outros aspectos, que todos são iguais perante a lei.

Para o cientista político italiano Norberto Bobbio (1909-2006), o direito do cidadão é a conversão universal dos direitos humanos. Tanto que a efetiva cidadania é um privilégio das sociedades democráticas. Todavia, em regimes sob a forma de ditadura, autoritários, fechados e que não primam pelas liberdades de locomoção e de opinião não há cidadãos e, tampouco cidadania.

Somente em 1988, a Constituição Federal brasileira trouxe de volta o termo cidadão, a fim de garantir os principais movimentos sociais, que há muito tempo estavam esquecidos. Para tanto, necessário conceituar a igualdade como o que se faz a partir da teoria de Bonavides:

O princípio da igualdade figura entre os temas mais latos e equívocos de quantos a Filosofia, a Ciência Política e o Direito fizeram objeto de suas reflexões, desde a antiguidade aos nossos dias. Cada época o retoma na esperança de interpretá-lo com menos incerteza, verificando-se, porém, a renovação de velhas dificuldades que fazem seu conhecimento tão problemático quanto o da democracia, desde muito inexoravelmente atada ao irracionalismo de juízos passionais que aquecem a imaginação, mas esfriam a lógica e o raciocínio (BONAVIDES, 1993, p. 147).

Traçando-se conceitos mais antigos do que referiu Canotilho (1995, p. 426) esclarece que: “[...] a questão da igualdade justa pode colocar-se nestes termos: o que é que nos leva a afirmar que uma lei trata dois indivíduos de uma forma igualmente justa? Qual o critério de valoração para a relação de igualdade?”

Trazendo para a modernidade se depara com uma análise mais profunda do Direito, em que uma possível saída para se buscar a justiça social seria a partir de uma boa base de valores, com categorias isoladas, grupos de variáveis avaliativas e uma observação específica de cada situação, visto que quanto maior contribuição termos nas pesquisas e soluções das políticas públicas aplicadas, maior será a igualdade efetiva entre homens e mulheres, retirando da teoria o que vem expresso no artigo 5º, inciso I, da CF/88.

Diante dos diversos impasses, o que se busca é inserir nesta celeuma a análise econômica do Direito quando dentro dessa verificação se encontre um método que tente facilitar a compreensão do Direito através de novos paradigmas e conceitos. Neste sentido vemos que “o movimento da análise econômica do direito se impôs, em poucos anos, nas melhores faculdades de direito norte-americanas, como uma corrente de pensamento de primeira importância, e até como principal fonte de renovação da teoria do direito (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020).

Tanto que para Posner (2009), dentro da referência de racionalidade ou irracionalidade, poderia se obter as respostas para um “cálculo” eficiente e consciente de uma premissa metodológica de maximização racional, para que esta previsibilidade pudesse gerar um sistema social mais amplo, diferente da esfera irracional que seria algo totalmente aleatório e nada lógico, podendo se localizar uma “teoria moral” às questões jurídicas, como este direito fundamental.

Para Hans Kelsen (1988) seria complexo que os indivíduos (homens e mulheres) conseguissem resistir às ordens coercitivas da sociedade. Tanto que refere:

A norma de Justiça é de fundo moral. Nem toda norma moral é norma de Justiça: a norma moral é de Justiça quando prescrever uma conduta em face do semelhante. Para o teórico austríaco, o juízo de valor seria aplicado somente sobre as condutas e não sobre as normas, não sendo correto atribuir-se à norma jurídica a qualidade de justa e injusta. A Teoria Pura do Direito mostra uma separação entre os valores do Direito, que são referentes à validade da norma, e os valores da Justiça, que seriam critérios de ordem subjetiva, fora dos limites do Direito (KELSEN, 1988, p. 232).

Portanto, sempre haverá algo que entenderemos por injusto ou desigual, tanto que Bobbio vai chamar isso de “lacuna ideológica”. É verdade que o sistema não é de uma maneira completo. A sociedade é muito dinâmica e muitos autores compreendem que se não existir um sistema que se pensa que é completo, você não pode responder os problemas do Direito e nem solucionar a questão das igualdades amplamente previstas constitucionalmente.

Bobbio e Amartya Sen (2008) trazem à baila uma ideia de transformação do Direito, de multidisciplinariedade que estabelece novas regras que tentam retirar o direito da sofisticação e criar possibilidades dentro de uma estrutura jurídica e sem antinomias, ou no mínimo com a diminuição delas, ainda que se possa entender que tudo está interligado no ordenamento jurídico.

Dworkin (2005) analisa a igualdade em relação ao bem-estar, aos recursos e à capacidade, entende que a igualdade de bem-estar está sujeita a interpretações diversas, só se tornando uma finalidade política concreta quando se especifica algum entendimento próprio do bem-estar em medidas de igualdade.

A análise econômica do direito age como teoria positiva do direito, tendo por objeto os comportamentos integrantes, ou não, dos mercados explícitos e informados pela lógica econômica, razão de sua relevância para a regulação. A desmistificação da teoria, dá-se através da contraposição entre eficiência e justiça, ficando para reflexões posteriores a análise mais específica dos referenciais de uma sociedade justa, segundo a formulação dos autores mais representativos da filosofia moral atual (CARDOSO, 2015).

Ao fim e ao cabo, como já disse Smith (2006), se destaca uma preocupação ética em aspectos econômicos, ao tratar das temáticas da miséria, da justiça, do espírito público da humanidade para que consiga acessar inteiramente a adequada igualdade entre homens e mulheres num contexto de praticidade e eficácia.

O direito concreto é a eficácia social da norma, somente alcançando seu papel quando se efetivamente conseguir ser socialmente iguais. Uma análise atenta da situação atual dos direitos dos homens e das mulheres no mundo permite afirmar que já alguns passos importantes foram dados para garantir, por exemplo, a igualdade entre ambos os sexos perante a lei, ou a

possibilidade de a mulher ter em aberto, agora, oportunidades que, até há pouco tempo, lhe eram negadas, como o acesso à escola ou a participação na vida pública.

2. AÇÕES TRANSFORMADORAS EM CONJUNTO COM A ANÁLISE ECONÔMICA PARA O ALCANCE DA IGUALDADE

No Brasil, tanto ao nível da escola como da vida ativa, as mulheres continuam a estar sub-representadas, por exemplo, no domínio das ciências exatas, no setor das tecnologias de ponta, na área da diplomacia e nos lugares de tomada de decisão, entre outros, o que aponta para a necessidade de serem percorridas ainda algumas etapas, até se atingir uma distribuição mais equitativa dos dois sexos pelas diferentes esferas laborais. Outro dado curioso é que embora as mulheres representem a maioria dos profissionais ligados ao ensino, sobretudo do nível pré-escolar até ao secundário, elas constituem um percentual bem menor que dos homens.

No mercado de trabalho, a participação das mulheres tem sido notória, porém continuam a receber em média 70% o salário que os homens recebem para executar as mesmas tarefas, nos mesmos postos de trabalho. Além disso, por condições estruturais, as mulheres ainda são desfavorecidas nas condições de trabalho e hierarquia, uma vez que os cargos de chefia são exercidos, em grande parcela dos setores, por homens (BRASIL, 2022).

As desigualdades de gênero em todos os cantos do mundo deixam as mulheres economicamente desfavorecidas e, por sua vez, geram fortes desequilíbrios nos resultados econômicos. Embora as mulheres representem metade da população mundial em idade ativa, elas constituem apenas cerca de um terço da força de trabalho global. Cerca de 700 milhões a menos de mulheres em relação aos homens têm empregos remunerados e, mesmo quando as mulheres são pagas, elas tendem a trabalhar em empregos menos seguros, com perspectivas de carreira limitadas, condições de trabalho mais precárias e salários mais baixos (UNITED NATIONS, 2016).

Também está bem documentado que a inclusão das mulheres em uma ampla gama de atividades econômicas, desde a participação nos mercados financeiros até a propriedade de ativos, permanece muito mais limitada em comparação com os homens. As diferenças generalizadas baseadas em gênero nos resultados econômicos tornam a desigualdade de gênero não apenas uma questão de direitos humanos, mas também um fenómeno econômico (OSTRY et al., 2018).

Vale destacar, que o Conselho da Europa⁴ enquanto organização intergovernamental, cujo principal objetivo é promover a defesa dos direitos humanos, harmonizando os domínios ético e jurídico, também tem estado atento à importância dos media na promoção da igualdade de género. Este organismo tem centrado a sua intervenção na consciencialização dos estados-membros, nomeadamente para a importância do ingresso e ascensão na profissão equitativa de homens e mulheres e para a adoção de imagens mais diversificadas e menos estereotipadas.

A comunidade internacional reconheceu o direito igual à educação de qualidade de todos e se comprometeu a alcançar a igualdade de género em todos os campos, incluindo a educação. Isso significa que os Estados têm obrigações legais de remover todas as barreiras discriminatórias, quer existam na lei ou na vida cotidiana, e de adotar medidas positivas para promover a igualdade, inclusive no acesso, dentro e por meio da educação.

A Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979, CEDAW) é o único tratado juridicamente vinculativo a nível internacional centrado exclusivamente nos direitos das mulheres. Ele interpreta e aplica o direito à educação de uma forma que considera as necessidades e circunstâncias específicas de mulheres e meninas⁵.

Portanto, diz respeito à igualdade de tratamento e oportunidade, bem como à natureza das relações de género entre alunos e professores do sexo feminino e masculino em ambientes educacionais. Esta dimensão da igualdade é particularmente importante porque é a sociedade que molda e reproduz as desigualdades de género por meio das instituições sociais, e as instituições educacionais são atores críticos nesse sentido.

Vale destacar que, a Convenção da UNESCO em 1979, contra a Discriminação na Educação (CADE) proíbe todas as formas de discriminação na educação, inclusive com base no sexo. O CADE define discriminação no Artigo 1, que é mais específico do que a definição da CEDAW, pois se aplica apenas à educação, por exemplo, refere-se à discriminação tanto no acesso e na qualidade da educação quanto nas escolas segregadas por género (UNITED NATIONS, 2022).

Antonio Carlos Morato (2012) explica que, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, realizado em 1966, tem uma cláusula autónoma de não discriminação (Artigo 26) que se aplica a 'qualquer campo regulado e protegido por autoridades públicas'. O Comitê de Direitos

⁴ Consultar em http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/equality/03themes/women-media/index_en.asp. Para um conhecimento aprofundado ver a Declaração sobre a Igualdade de Mulheres e Homens (1988) e a Declaração «Tornar a Igualdade de Género uma Realidade» (2009).

⁵ O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra as Mulheres emitiu uma interpretação autorizada do Artigo 10 da Recomendação Geral 36 sobre o direito de meninas e mulheres à educação, que elabora as obrigações legais dos estados sob a CEDAW para erradicar as barreiras discriminatórias que impedem as meninas de desfrutar de seus direitos à educação e implementar medidas para trazer a igualdade na prática, e faz recomendações jurídicas e políticas concretas e acionáveis que trariam os estados em conformidade com a CEDAW (UNITED NATIONS, 2022).

Humanos explicou que: 'quando a legislação é adotada por um Estado-parte, ela deve cumprir o requisito do artigo 26 de que seu conteúdo não deve ser discriminatório. Por outras palavras, a aplicação do princípio da não discriminação contido no artigo 26.º não se limita aos direitos previstos no Pacto». Nesta interpretação, sob o ICCPR, há uma obrigação de garantir que as leis e regulamentos educacionais não discriminem mulheres e meninas.

Com esses argumentos, deve-se buscar a maior participação das mulheres nas políticas e em outros segmentos de resolução, no intuito de se acelerar o vértice dos desenvolvimentos e da extinção, ou no mínimo que se amenize, as discriminações.

Isto posto, garantir os direitos das mulheres e dar-lhes oportunidades para alcançar todo o seu potencial é fundamental não apenas para alcançar a igualdade de gênero, mas também a efetividade da dignidade humana que lhes inerente, é medida que se impõe.

Outra área de foco para alcançar a igualdade de gênero é o empoderamento econômico e político das mulheres. Embora as mulheres representem mais de 50% da população mundial, elas possuem apenas 1% da riqueza mundial (UNITED NATIONS, 2021), no Brasil 0,4% (BRASIL, 2020).

Em todo o mundo, mulheres e meninas realizam longas horas de trabalho doméstico não remunerado. Em alguns lugares, as mulheres ainda carecem do direito de possuir terras ou herdar propriedades, obter acesso a crédito, obter renda ou ascender no local de trabalho, sem distinguir no trabalho (UNITED NATIONS, 2020). Em todos os níveis, inclusive em casa e na arena pública, as mulheres são amplamente sub-representadas como tomadoras de decisão.

Tanto que assegurar o direito das mulheres a participarem da política, para tanto é necessário, para a maioria, ainda, garantir as condições de sobrevivência e independência, o que passa evidentemente pela questão da escolaridade, que ainda é um problema para meninas e mulheres. A educação, como ensina Amartya Sen (2010) é uma das capacidades fundamentais que o indivíduo precisa ter para conseguir a liberdade.

E demonstrar que através da divulgação de informações sobre a igualdade de gênero, das conquistas de novos empoderamentos femininos se fortalece cada vez mais as atividades sociais e da economia, trazendo melhora na qualidade de vida e das políticas de negócio. Na visão de Sacchet (2008, p. 5) "os altos índices de capital social também contribuem para promover equidade política entre homens e mulheres". Desta forma, ao pensar em proteção social, acesso a serviços públicos e empoderamento, refere-se a não sacrificar a dignidade e a distinção da mulher no processo.

Isso significa, segundo Poscher (2016) remover os impedimentos ao empoderamento econômico das mulheres, consequentemente encorajar mudanças comportamentais e

mudanças culturais, como sistemas de crenças ou tradições predominantes que desencorajam a inclusão de mulheres no campo do trabalho, da saúde e da educação.

Neste sentido, Baquero (2012), empoderamento, enquanto categoria, perpassa noções de democracia, direitos humanos e participação, mas não se limita a estas. Implica processos de reflexão sobre a ação, visando a uma tomada de consciência a respeito de fatores de diferentes ordens: econômica política e cultural, que conformam a realidade, incidindo sobre o sujeito. Trata-se de um processo, na qual o empoderamento eficaz necessita envolver tanto dimensões individuais quanto coletivas.

As estratégias de empoderamento significam, portanto, desafiar o controle e a injustiça social, por meio de processos políticos, sociais e psicológicos que revelam os mecanismos de controle, as barreiras institucionais ou estruturais, as normas culturais e os preconceitos sociais e, assim, permitem que realmente as mulheres possam desafiar a opressão internalizada e desenvolvam novas representações da realidade.

Desta forma, os processos de empoderamento segundo Paulo Freire (1970), articulou um processo de conscientização que emana de um ciclo contínuo de diálogo e ação. O diálogo, ou reflexão crítica participativa em interação com os outros sobre barreiras, normas e instituições, permite o desenvolvimento de ações coletivas, para reflexão posterior, levando a ação posterior, em um ciclo contínuo.

O diálogo Freiriano torna-se útil para povos marginalizados ao examinar as complexidades de sua privação de direitos, dentro dos vários sistemas formais e informais. As posições de poder das mulheres, por exemplo, podem diferir consideravelmente entre as esferas pública e privada. As mulheres podem ser um importante gerador de renda para a família, mas têm pouco peso na tomada de decisões da família.

Ulen (2014) considera que a promoção de economias e sociedades inclusivas requer uma combinação de respostas políticas e estruturas legais que reduzam a discriminação de gênero, reconhecendo efetivamente as disparidades de gênero existentes no emprego, salários, oportunidades e crescimento, educação e saúde, entre outros, para que as mulheres alcancem verdadeiramente desfrutem do direito a igualdade.

Assim, ao invés vez de procurar as características únicas e definidoras do direito vislumbra-se a inserção do Princípio da Igualdade sob à égide da análise econômica do Direito como uma ferramenta social, não singularizada como instituição, mas seu lugar dentro da estrutura econômica geral e comum da sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste estudo consistiu na possibilidade de enaltecer um conceito de igualdade e a inserção deste princípio sob à égide da análise econômica do Direito.

Conclui-se que o princípio constitucional da igualdade, exposto no art. 5º, da Constituição Federal, traduz-se em norma de eficácia plena, cuja exigência de indefectível cumprimento independe de qualquer norma regulamentadora, assegurando a todos, indistintamente, independentemente de raça, cor, sexo, classe social, situação econômica, orientação sexual, convicções políticas e religiosas, igual tratamento perante a lei, mas, também e principalmente, igualdade material ou substancial.

O tratamento igualitário entre homens e mulheres, previsto no inciso I, do art. 5º, da Constituição Federal, pressupõe que o sexo não possa ser utilizado como discriminação com o propósito de desnivelar substancialmente homens e mulheres, mas pode e deve ser utilizado com a finalidade de atenuar os desníveis social, político, econômico, cultural e jurídico existentes entre eles.

Assim, foi possível entender que a análise econômica do direito busca a desejabilidade social dos resultados. Desse modo, as contribuições para o conhecimento sobre o direito à igualdade das mulheres, favorecem a reflexão e crítica na perspectiva de gênero por meio de da análise econômica do Direito nas discussões atuais.

Sob esta perspectiva, a correspondência entre “direito” e “igualdade” das mulheres à luz dos importantes conceitos e posições apresentadas demanda uma nova visão no contexto prático dos princípios jurídicos, com o auxílio de ferramentas oriundas da análise econômica do Direito.

Embora a mulher tenha conquistado muitos avanços econômicos e políticos, o fato é que ainda está em curso a superação do processo de exclusão feminina na política e na economia ao longo dos anos.

A economia da igualdade e do desenvolvimento tem buscado entender as causas das desigualdades entre homens e mulheres, com fundamento na teoria econômica, e quais medidas podem ser adotadas para reduzir as diferenças e melhorar globalmente os resultados de desenvolvimento. A análise do crescimento econômico, da igualdade, do desenvolvimento humano e das políticas têm relação com o estudo da pobreza, que se manifesta de diferentes formas e tem caráter relacional e multidimensional.

Assim, a possibilidade da inserção do Princípio da Igualdade sob à égide da análise econômica do Direito, como norma para garantir esse direito às mulheres, é melhor vista como

uma ferramenta social, bem como conceitual e interpretativo para o esclarecimento e aperfeiçoamento das práticas jurídicas.

REFERÊNCIAS

BAQUERO, Rute Vivian Angelo. Empoderamento: instrumento de emancipação social?: uma discussão conceitual. **Revista Debates**, Porto Alegre, v. 6, n. 1, p.173-187, jan./abr. 2012.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. 6.ed. São Paulo: Braziliense, 1997

_____. **Des critères pour résoudre les antinomies**. Les antinomies en droit (Chaim Perelman, Ed.). Bruxelles: Bruylant, 1965, pp. 237-258.

BONAVIDES, Paulo. **A constituição aberta**. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

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

BRASIL. **Tempo de Cuidar – o trabalho de cuidado não remunerado e mal pago e a crise global da desigualdade**. OXFAM-Brasil, 2020. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL. **Grupo de trabalho – mercado de trabalho e empregabilidade da mulher-relatório final**. Ministério do Trabalho e Previdência, Secretaria de Trabalho, Brasília, 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5º ed. Editora Livraria Almedina, 2002.

CARDOSO, Germano Bezerra. Análise econômica do direito, políticas públicas e consequências. **Revista Jurídica da Presidência**, Brasília, v. 17 n. 112, p. 293-313, jun./set., 2015.

DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: teoria e prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. IX-X.66.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia do oprimido**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1970.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

MORATO, Antonio Carlos. Quadro geral dos direitos da personalidade. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 106/107, p. 121-158, jan./dez., 2012.

OSTRY, Jonathan David; et al. Economic gains from gender inclusion: new mechanisms, new evidence. **International Monetary Fund Staff Discussion Notes nº. 2018/006**, 2018. Disponível em: <https://www.imf.org/en/Publications/Staff-Discussion-Notes/Issues/2018/10/09/Economic-Gains-From-Gender-Inclusion-New-Mechanisms-New-Evidence-45543>. Acesso em: 25 nov. 2022.

POSCHER, Ralf. Teoria de um fantasma – a malsucedida busca da teoria dos princípios pelo seu objeto. In: MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto; LOPES, José Reinaldo de Lima (Coord). CAMPOS, Ricardo (Org). **Crítica da ponderação: método constitucional entre a dogmática jurídica e a teoria social**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 63-93.

POSNER, Richard A. **Para, além do Direito**. Tradução de Evandro Silva. São Paulo: WMF Martins Fontes. 2009.

SACCHET, Teresa. Capital social, gênero e representação política no Brasil. **Opinião Pública**, v. 15, n. 2. Campinas, p. 306-332, nov. 2009.

SEN, Amartya. **Desigualdade reexaminada**. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

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

SMITH, Adam. **A riqueza das nações**. Livro 1. Tradução Maria Teresa Lemos Lima. São Paulo: Juruá, 2006.

ULEN, Thomas S. Um Prêmio Nobel para a Ciência Jurídica: teoria, trabalho empírico e o método científico no estudo do direito. In: PORTO, Antônio Maristrello; SAMPAIO, Patrícia. (Orgs.) **Direito e economia em dois mundos**: doutrina jurídica e pesquisa empírica. Rio de Janeiro: FGV, 2014.

UNITED NATIONS - UN. **Gender inequality**. 2016. Disponível em: <https://news.un.org>. Acesso em: 25 nov. 2022.

UNITED NATIONS - UN. **Trade gender and poverty**. 2020. Disponível em: <https://www.undp.org/.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

UNITED NATIONS - UN. **Committee for the Elimination of Discrimination against Women**. 2022. Disponível em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/cedaw/introduction-committee>. Acesso em: 25 nov. 2022.

SOCIEDADES POLITICAMENTE DEMOCRÁTICAS E SOCIALMENTE DESIGUAIS

COMPANIES POLITICALLY DEMOCRATIC AND SOCIALLY UNEQUAL

Ari Rheinheimer Filho

RESUMO

Esta pesquisa jurídica pretende relacionar a democracia formal com a desigualdade de oportunidades e, ao contrário, estabelecer interrelação de uma democracia participativa como fato gerador de uma igualdade de capacidade entre as pessoas. Utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, compreende-se a desigualdade institucionalizada como geradora de pobreza, onde a democracia formalista não apenas convive com ela, mas, como está estruturada é um dos pilares desta linha abissal entre pobres e ricos. Na sequência, entende-se que a democracia precisa evoluir para a chamada democracia participativa, com o intuito de minorar uma das mais graves discrepâncias planetárias em desigualdades. Para tanto, defende-se a igualdade como liberdade, o respeito a diversidade populacional, remodelação do sistema eleitoral, descentralização do poder, a afirmação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário em suas decisões, a inclusão dos princípios democráticos e igualitários nas escolas e, por fim, enfatizar a importância do desenvolvimento econômico integrador para a consecução deste objetivo.

PALAVRAS-CHAVE: Capacidade. Democracia. Igualdade. Inclusão. Pobreza.

ABSTRACT

This legal research intends to relate formal democracy to inequality of opportunities and, on the contrary, to establish the interrelationship of a participatory democracy as a factor that generates an equality of capacity between people. The deductive method and bibliographic and documentary research are used. Therefore, institutionalized inequality is understood as a generator of poverty, where formalist democracy not only coexists with it, but, as it is structured, it is one of the pillars of this abyssal line between the poor and the rich. Subsequently, it is understood that democracy needs to evolve to the so-called participatory democracy, in order to alleviate one of the most serious planetary discrepancies in inequalities. To this end, equality as freedom, respect for population diversity, remodeling of the electoral system, decentralization of power, the affirmation of fundamental rights by the Judiciary in its decisions, the inclusion of democratic and egalitarian principles in schools are defended. Finally, to emphasize the importance of integrating economic development for achieving this objective.

KEYWORDS: Capacity. Democracy. Equality. Inclusion. Poverty.

INTRODUÇÃO

Primeiramente, escreve-se sobre democracia e igualdade, justamente em um dos piores momentos da história brasileira. A democracia, mesmo sendo apenas formal, está sob ataque de um verdadeiro terrorismo político, com bloqueios de estradas, violência, afrontamento aos poderes e pedidos de intervenção militar em frente a quartéis das Forças Armadas, realizado por grupos de extrema-direita, perdedores no último pleito presidencial. Já a pobreza se alarga, produzida por uma política econômica de cunho neoliberal, fazendo a prosperidade de poucos, implantando uma das maiores desigualdades do planeta. Este é o cenário.

As democracias formais convivem com as desigualdades econômicas, mas é possível termos sociedades democráticas sem igualdades mínimas que possibilitem aos cidadãos capacidade de escolha? Acredita-se que não. E esta incapacidade de escolha é determinante para inviabilizar o equilíbrio socioeconômico.

O primeiro capítulo tratará das discrepâncias da atual democracia formal, sua falta de inserção e efetividade na sociedade; as causas das desigualdades não só econômica, mas sociocultural, educacional e de oportunidades; trará indicadores da atual situação socioeconômica brasileira; a discrepância entre a maioria da população e quem são os congressistas; e a relação causa-consequência entre falta de democracia e desigualdade.

O segundo capítulo é propositivo e apresenta a igualdade e a liberdade como complementares e não como antíteses; reconhecer e respeitar a diversidade da população, buscando a inclusão na sociedade e nas instâncias de poder; propiciar isonomia na disputa eleitoral; descentralizar o poder para refundar o pacto federativo, dando maior autonomia e recursos para os municípios; a importantíssima participação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos fundamentais e como assegurador da democracia e do arrefecimento da desigualdade; incluir a democracia e a igualdade de capacidade nos currículos escolares; e, dizer não é importante o crescimento, mas sim o desenvolvimento econômico, pra gerar riqueza distributiva e não ricos.

1. A DEMOCRACIA REPRESENTATIVA IMPORTA AOS POBRES?

A construção de possibilidades de escolhas esbarra especialmente em dois sistemas de desintegração social: a desigualdade e a exclusão. Estes sistemas são socialmente hierarquizados, onde a desigualdade se dá com as pessoas que estão em baixo, mas estão dentro do sistema e os excluídos não, estes são segregados da sociedade. Mas esta diferenciação é apenas didática, uma vez que tais sistemas se interligam e geralmente quem

está em um está no outro dentro das relações complexas da sociedade, até porque a desigualdade é um fenômeno socioeconômico e a exclusão é um fenômeno cultural e social, gerado por um processo histórico-cultural de desqualificação das pessoas¹.

Prima facie a ideia de desigualdade e exclusão está entrelaçada com a concepção econômica, mas o que é pobreza em si? Parece que a resposta é fácil e se liga exclusivamente com a ideia de falta de recursos financeiros. Não é bem assim. Claro, a abordagem sobre o tema mais dominante e tradicional baseia-se numa “linha” divisória, definindo que, abaixo dela, as pessoas se encontram nesta condição. Mas ela não é suficiente para distinguir os pobres dos mais pobres por uma razão muito simples: governos podem afirmar que combatem a pobreza, mas sua política atinge apenas os pobres menos pobres em detrimento dos mais pobres, porque assim os resultados aparecem mais rapidamente².

Entre as classificações geradoras de desigualdade e exclusão estão o sexismo e o racismo. Em comum entre eles é a relação de subordinação na integração do trabalho. O princípio desagregador do sexismo, se prende na distinção entre os espaços públicos e privados das relações e da desigualdade de tratamento entre homem e mulher na reprodução da força de trabalho e pela desvalorização de funções a serem atribuídas para as mulheres. Já o racismo se consolida primeiramente com a escravidão e trabalho forçado e depois através da imigração, baseando-se na hierarquia das raças³.

E este parâmetro excludente também ocorre no Brasil, conforme indicadores do IBGE⁴. O total da população brasileira estimada é de 215.334.081 pessoas, onde as mulheres são a maioria, com cerca de 4 milhões a mais do que homens. Destes números, 43,1% são brancos e 55,8% são pardos ou pretos, e onde a renda habitual do trabalho dos brancos é de R\$2.796 e dos pretos e pardos R\$1.608; das pessoas ocupadas em cargos gerenciais 68,6% são brancos e 29,9% pretos ou pardos; quanto a educação de pessoas de 18 a 24 anos de idade com menos de 11 anos de estudo e que não frequentam instituição de ensino: brancos: 17,4% e pretos ou pardos 28,8%.

¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010, p. 280-281.

² SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada**. Tradução e apresentação: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record. 2001. Título original: *Inequality reexamined*. p. 168-169.

³ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo: para uma nova cultura política**. p. 280.

⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Indicadores**. 2022. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/indicadores.html>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

Corroborando com estes dados, a Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional – Rede PENSSAN⁵, divulgada pelo site da organização OXFAM Brasil, realizou pesquisa em 2.180 domicílios no Brasil, em 2021, em todas as regiões do país, respeitando os dados quantitativos e escalas baseadas nos dados do IBGE e constatou que a pobreza e a fome continuam sendo um problema sem solução, onde, “do total de 211,7 milhões de brasileiros, 116,8 milhões conviviam com algum grau de insegurança alimentar e, destes, 43,4 milhões não tinham alimentos em quantidade suficiente e 19 milhões de brasileiros enfrentavam a fome”.

O relatório ainda aponta que: 22,2% da população não possui abastecimento de água em suas casas; 32,4% possuem apenas um cômodo por pessoa em sua moradia; e a renda média *per capita* domiciliar é de até ¼ de salário-mínimo para 14,1% e de ¼ até ½ para 29,2%. Tais dados demonstram as dificuldades de dar as pessoas um sentido de pertencimento a uma sociedade evoluída e baseada em princípios democráticos pois lhes faltam o mínimo.

Noan Chomsky⁶, ao analisar aspectos de concentração de renda e poder, argumenta que um dos fatores gerais sobre seu aumento está atrelado aos acordos internacionais de livre comércio, onde as empresas multinacionais criaram um sistema de disputada entre a classe trabalhadora, e isto está acabando com o direito social do trabalho em países cujo direitos dos trabalhadores eram mais respeitados.

A pobreza também é intelectual ou educativa, social, cultural e não se pode esperar que pessoas secularmente marginalizadas e empobrecidas, num piscar de olhos, se integrem a sociedade como membros cultos e responsáveis. A integração das pessoas com disparidades socialmente adquiridas precisa, inicialmente, acesso aos meios para conseguir pertencer a uma sociedade mais evoluída⁷.

Quanto a democracia representativa hodiernamente o ocidente todo é praticamente capitalista e as democracias são, em quase sua totalidade, as denominadas liberais globalizantes, onde questões da desigualdade ou da exclusão social não possuem a atenção

⁵ **OLHE PARA A FOME.** 2022. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/especiais/olhe-para-a-fome-2022/?gclid=Cj0KCQiAgribBhDkARIsAASA5btGVRclkcUmtlDNnm_oyrTS4tW0O8Tmkj68gbFsydDVq7mhjSUHXeoaAknIEALw_wcB>. Acesso em: 11 nov. 2022.

⁶ CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?** Tradução: Renato Marques. São Paulo, Planeta, 2017. Título original: *Who rules the world?*. p. 48.

⁷ DAROS, Wiliam R. **La libertad y la igualdad como desafios para la educación en democracia:** reflexiones a partir de la Concepción de John Rawls. Rosário: UCEL – Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2011. p.184.

devida, sendo uma democracia obsoleta, insensível e, muitas vezes, inexistente na prática para grande parte da população⁸.

Até porque no mundo real, demonstra-se que a democracia é limitada exatamente porque as elites mundiais e nacionais são avessas a sua ampla significação e concretude, onde ela somente recebe apoio se está a contribuir para seus objetivos econômicos, uma conclusão admitida com relutância por acadêmicos e estudiosos mais sérios sobre o assunto⁹.

A atual democracia representativa no Brasil não permite aos mais pobres participarem de forma efetiva do processo eleitoral como candidatos, basta analisar as profissões dos deputados federais eleitos neste ano de 2022, destacando-se, entre elas:

Quadro 01 – Deputados federais eleitos X Profissões

Profissão	Deputados
Advogado (a)	103
Empresário (a)	84
Professor (a)	50
Produtor (a) rural	40
Médico (a)	36
Administrador (a)	33
Engenheiro (a)	26

Fonte: Alejandro¹⁰.

O Jornal Extra/Globo¹¹ elaborou um estudo sobre os gastos para eleger um candidato a deputado federal, onde, em média, foi de R\$1,209 milhão, para cada um dos 513 deputados eleitos.

⁸ BONET, Antoni Agiló. Fazer política através do espelho: vislumbres de outras democracias à luz dos indignados. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel (Org.). **Demodiversidade**: imaginar novas possibilidades democráticas. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018, p. 192.

⁹ CHOMSKY, Noam. **Réquiem para o sonho americano**: os dez princípios de concentração de riqueza e poder. Tradução: Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017. Título original: *Requiem for the American Dream*, p. 105.

¹⁰ ALEJANDRO, Pablo. **Advogados e empresários são a maioria entre profissionais eleitos para a Câmara dos Deputados**. 2022. Brasília: Câmara dos Deputados Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/913922-advogados-e-empresarios-sao-a-maioria-entre-profissionais-eleitos-para-a-camara-dos-deputados/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹¹ JORNAL EXTRA. **Custo para eleger um deputado federal em 2022 foi de R\$ 1,2 milhão em média**. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/politica/custo-para-eleger-um-deputado-federal-em-2022-foi-de-12-milhao-em-media-veja-os-gastos-por-estado-25590949.html>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

O Portal G1¹², utilizando-se de dados buscados no Tribunal Superior Eleitoral, elaborou infográficos, informando os seguintes dados em relação aos Deputados Federais eleitos para assumirem em 2023:

Quadro 02 - Composição da Câmara dos Deputados

Composição da Câmara dos Deputados	
Por cor/raça	
Brancos	370
Pardos	108
Pretos	27
Indígenas	5
Amarelos	3
Por gênero	
Masculino	422
Feminino	91 ¹³
Por patrimônio declarado	
Sem patrimônio	17
Até R\$10mil	7
Entre R\$10mil e 100mil	31
Entre R\$100mil e 500mil	101
Entre R\$500mil e 1milhão	99
Entre R\$1milhão e 2milhões	111
Entre R\$2milhões e 5milhões	97
Entre R\$5milhões e 10 milhões	24

¹² PORTAL G1. **Veja a nova composição da Câmara dos Deputados em gráficos.** 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/04/veja-a-nova-composicao-da-camara-dos-deputados-em-graficos.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

¹³ As deputadas, Erika Hilton e Duda Salabert, são as primeiras mulheres transgênero a compor a Câmara dos Deputados.

Entre R\$10milhões e 100milhões	26

Fonte: Portal G1¹⁴

Onde está a representatividade quando os eleitos possuem profissões com ensino superior, em total descompasso com a maioria da população que possui ensino básico e mais da metade passa por deficiência alimentar (conforme visto anteriormente)? Como competir com campanhas milionárias que contam com o apoio do grande capital? Como não falar em reformular o acesso a participação política das minorias como negros e mulheres – a maioria da população brasileira em comparação de cor/raça e gênero – quando a maioria esmagadora dos eleitos são homens brancos? E por fim, milionários?

Esta dinâmica é responsável por reforçar a estrutura de desigualdade existente, por três razões: 1) a própria debilidade das instituições democráticas para gerar, de maneira efetiva, condições de igualdade; 2) o frequente sequestro do processo político por parte de grupos ou setores, em detrimento do interesse geral e dos mais desfavorecidos; 3) o peso de certas instituições informais que precisam ser extirpadas, como o clientelismo e sua raiz patrimonialista da política, com a compra de votos dos mais humildes ou oferecimento de cargos públicos para aqueles que exercem algum tipo de liderança de grupos¹⁵.

Após analisar as origens, causas e consequências da desigualdade social e democracia liberal representativa como dispositivos de dominação, se faz necessário desenvolver uma democracia real que recepcione especialmente os atualmente excluídos e apresentar sugestões e experiências democráticas que busquem romper a democracia liberal hegemônica¹⁶.

2. A IGUALDADE DE CAPACIDADE E A DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

É preciso romper este processo de crise de Estado, devendo: a) a regulação social não pode mais se basear apenas nos pilares do Estado e do mercado, mas ingressar um terceiro, qual seja: a comunidade, ela é o terceiro setor, privado sim, mas não sujeita à lógica do lucro; b) redistribuir recursos materiais, sociais, políticos, culturais e simbólicos com base nos princípios da igualdade e no reconhecimento da diferença; c) criar um pensamento ecológico que confronta

¹⁴ PORTAL G1. Veja a nova composição da Câmara dos Deputados em gráficos.

¹⁵ BARREDA, Mikel; COSTAFREDA, Andrea. La democracia importa, pero no basta para la igualdad. BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006, p. 119-120.

¹⁶ BONET, Antoni Agiló. Fazer política através do espelho: vislumbres de outras democracias à luz dos indignados. p. 193.

a monocultura da ciência moderna com uma ecologia de saberes, reconhecendo a pluralidade, a heterogenia do conhecimento, interações sustentáveis e dinâmicas (interconhecimento)¹⁷.

2.1 Liberdade e igualdade não são antônimas

A liberdade de capacidade é prover as pessoas de condições básicas de desenvolvimento: princípio igualitário de disputa, onde também está impregnado o sentido de justiça. Esta ideia de distribuição de direitos e deveres fundamentais dentro da sociedade e seu fluxo de equiparação provenientes da cooperação social, onde não se trata de redistribuição de forma permanente de direitos, liberdades, obrigações, rendimentos, riquezas, poderes e oportunidades, mas que todos tenham o mesmo ponto de partida, contrapondo-se a doutrina utilitarista, objetivando uma justiça com equidade que prima pelas liberdades individuais fundamentais e pela busca de equilíbrio entre as desigualdades¹⁸.

A igualdade que se busca é aquela que confronta o individualismo possessivo, ou seja, buscar igualação política e jurídica de condições de exercício de uma cidadania plena. Uma igualdade entendida como livre, natural, de oportunidades, de resultados substantivos e de autonomia do sujeito. Não há aqui qualquer confronto entre igualdade e liberdade, como fazem crer alguns, porque a igualdade aqui propalada é a de capacidade do indivíduo (ou de grupos), tornando a liberdade “campo de aplicação” da igualdade e a igualdade um “plano distributivo” da liberdade¹⁹.

2.2 A importância do respeito a diversidade

A igualdade não pode ser ofensiva a singularidade das pessoas. É necessário acabar com as homogeneidades “burras” onde excluem capacidades e pessoas. A cidadania mínima, quiçá a plena, é distante para mulheres, afrodescendentes, LGBTQIA+, minorias étnicas e religiosas e povos originários, portanto, é imprescindível apontá-las e considerá-las para construção de uma cidadania diferenciada, criando fundos públicos, para garantia de representação e interesse dos grupos oprimidos, com instrumentalização de políticas públicas para atender suas singularidades²⁰.

¹⁷ SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais e a uma ecologia de saberes. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Edições Almedina, 2009, p. 54.

¹⁸ FRITZ, Karen Beltrame Becker; NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ Fº, Luiz Fernando. Diálogo entre as teorias de justiça de John Rawls e Amartya Sen. GLASENAPP, Sirlei; MARIN, Solange Maria (Org.). **Ensaio sobre o pensamento de Amartya Kumar Sen**: contribuições teóricas e aplicadas à Economia. Santa Maria: Ed. UFSM, 2018, p. 173.

¹⁹ FLEURY, Sônia. Construcción de ciudadanía en entornos de desigualdade. p. 94.

²⁰ FLEURY, Sônia. Construcción de ciudadanía en entornos de desigualdade. p. 95.

Assim, para o Estado proporcionar uma inclusão ativa, plural e diversificada, deve implantar uma nova institucionalidade que possibilite transformar a igualdade simples, homogênea e formal, em complexa, heterogênea e substancial, a universalidade em diversidade, a democracia tradicional em formas inovadoras de participação e cogestão (social e institucional), com aplicação de estruturas governamentais descentralizadas²¹.

As instituições democráticas, que são muitas dentro de uma sociedade heterogênea como a do Brasil, para ser considerada deve garantir a participação política de grupos que são tradicionalmente vítimas de discriminação social, como as mulheres e negros²².

2.3 Eliminar a desigualdade institucionalizada na disputa eleitoral

O problema, então, é como expandir os mecanismos de representação, sem transmitir os efeitos da desigualdade de recursos e a desigualdade de acesso, e o financiamento público dos partidos e das eleições é o passo inicial. Esta consideração de Macías-Aymar²³, é muito importante para se buscar paridade de disputa, ou seja, partir de um ponto econômico comum.

No Brasil será necessário alterar a Lei 9.504²⁴, de 30/09/1997, denominada Lei das Eleições, especialmente o artigo 16-D que estabelece critérios de divisão do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC), utilizando, basicamente, a representação que cada partido político possui nas duas casas do Congresso Nacional, ou seja, quanto maior a representatividade maior acesso ao Fundo Eleitoral, criando um círculo vicioso, pois com mais recursos econômicos, maior a probabilidade de eleger seus candidatos. Outro ponto crucial é a permissão de doações de recursos por pessoas físicas para campanhas eleitorais, de acordo com o art. 23, em que a elite brasileira consegue desequilibrar a disputa financiando seus candidatos.

O tempo de exposição nos meios de comunicação também carrega uma grande desproporcionalidade para os partidos políticos veicular sua propaganda política, conforme regulamento do § 2º do art. 47, onde estabelece que: a) 90% distribuídos proporcionalmente ao número de representantes na Câmara dos Deputados, o resultado da soma do número de representantes dos 6 maiores partidos que a integrem; e b) 10% distribuídos igualmente.

²¹ FLEURY, Sônia. Construcción de ciudadanía en entornos de desigualdade. p. 97.

²² COSTAFREDA, Andrea. La democracia importa, pero no basta para la igualdad. p. 119-120.

²³ MACÍAS-AYMAR, Íñigo. La desigualdad de ingresos limita la calidad de la democracia? BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006, p. 159.

²⁴ BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Tribunal Superior Eleitoral (TSE): Legislação. Brasília, 1997. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

Por fim, o sistema eleitoral brasileiro permite que os candidatos à reeleição permaneçam no cargo que ocupam, enquanto concorrem, o que gera, por si só uma discrepância e uma desvantagem enorme para os novos candidatos, vide os altos índices de reconduções de políticos tradicionais nos cargos públicos, tornando-se evidente que quem já ocupa os cargos possuem uma estrutura à sua disposição e uma vantagem de 4 anos – tempo de seu mandato - em que se dedica a realizar campanha para sua reeleição.

2.4 Descentralização estatal

A descentralização, em sua concepção mais básica, busca maior eficiência na prestação dos serviços públicos; possibilita melhorar o problema da agregação e o conjunto de bens e serviços que o governo oferece, exatamente por poder se adaptar no fornecimento de acordo com as necessidades locais, principalmente numa sociedade heterogênea. Em países como o Brasil a descentralização opera para ser um insumo importante para, de forma institucional, resolver conflitos e gerenciar recursos de forma satisfatória. Por outro lado, ela permite repartir o poder, tornando-o, também, mais democrático, uma vez que divide, dispersa e limita a sua concentração, retirando-o das mãos de alguns poucos. E se cria um ambiente mais salutar, quando as instituições que participam desta descentralização provenham de eleições e representações distintas, havendo a necessidade de se estabelecer debates e negociações interinstitucionais, provocando um hábito importante e possa garantir uma grande utilidade social²⁵.

A descentralização só é boa se for democrática, com eleições livres e transparentes, agentes públicos que respondam as demandas da cidadania, o uso devido dos canais institucionais e formais para a prestação de serviços públicos de forma genérica, impessoal e que resgate a igualdade de capacidade dos menos afortunados. É imprescindível para garantir uma ótima agregação de preferências necessárias. A descentralização que possua o refinamento da participação das camadas populares é o caminho para a inclusão²⁶.

2.5 A importância do direito neste desenvolvimento

É uma linha tênue que separa o jurídico das implicações econômicas. Os direitos fundamentais que perpassam as constituições modernas foram essenciais para romperem os aspectos formais do jurídico e se atrelassem ao campo da política econômica e, especialmente

²⁵ NAVARRO, Marc. Relaciones bidireccionales entre la descentralización y la desigualdade: una agenda para el debate. p. 179.

²⁶ NAVARRO, Marc. Relaciones bidireccionales entre la descentralización y la desigualdade: una agenda para el debate. p. 183.

sob o ponto de vista fiscal. Ainda há uma grande desatenção referente a dimensão econômica dos direitos cidadãos, mas - não na velocidade necessária - está mudando, seja por novas medidas legislativas que asseguram aplicações destes direitos ou por decisões judiciais que consagram direitos individuais e coletivos, claro, apesar de muitas críticas, até porque as elites econômicas, parcimoniosas com a pobreza de muitos, é exultante quando defende suas isenções tributárias, como, por exemplo, o artigo 32 da Lei Kandir^{27 28}.

Diante dos revezes políticos em relação a governos que se orientam na efetivação de direitos humanos - normais em processos democráticos - seria salutar que os direitos fundamentais fossem protegidos e sua aplicação mínima garantida em toda e qualquer tipo de governo, independentemente de sua matriz ideológica. Em consequência, as formulações de políticas econômicas orientadas pelos direitos, obrigaria a se buscar consensos para a escolha de prioridades em detrimento de outras²⁹.

2.6 A educação para igualdade de capacidade e democracia participativa

A igualdade que gera a liberdade de capacidade somente terá êxito se seus valores inerentes à democracia participativa, forem trabalhados nos currículos escolares, como conteúdo obrigatório e são: a) liberdade e justiça, onde a primeira é o solo que se planta a democracia e a segunda, com imparcialidade, seja a garantia dos valores da vida, a regra das relações humanas e o condutor de possibilidades para o indivíduo; b) participação, entendida como possibilidade de diálogo aberto e espírito crítico; c) pluralidade, como aceitação das diferenças e a possibilidade de ser único; d) respeito mútuo, no sentido de aceitar diversos pontos de vista, abordagens e formas de vida, muito embora estando em desacordo com eles; e) valor cívico, entendido como virtude, em favor de uma opinião que acredita-se ser correta; f) solidariedade, como relação pessoa-sociedade; g) racionalidade comunicativa, como discurso racional em um procedimento democrático buscando o interesse comum, como também valores que buscam melhorar as instituições, um modo de vida associado, de comunicar a experiência conjunta; e h) humildade, com o reconhecimento dos argumentos de outro, admitindo a postura equivocada³⁰.

²⁷ A Lei Complementar n. 87/1996, a chamada Lei Kandir, isentou a produção de grãos para exportação de pagarem ICMS, disposto assim: "Art. 32. A partir da data de publicação desta Lei Complementar: I - o imposto não incidirá sobre operações que destinem ao exterior mercadorias, inclusive produtos primários e produtos industrializados semielaborados, bem como sobre prestações de serviços para o exterior"; (...). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp87.htm>. Acesso em: 05 nov. 2022.

²⁸ CARRILLO-FLÓREZ, Fernando. Reforma política contra la desigualdad. In: BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006, p. 322.

²⁹ CARRILLO-FLÓREZ, Fernando. Reforma política contra la desigualdade. p. 323.

³⁰ DAROS, William R. **La libertad y la igualdad como desafíos para la educación en democracia**: reflexiones a partir de la Concepción de John Rawls. p. 187.

2.7 Combater a desigualdade para gerar desenvolvimento

“Máxime si el crecimiento económico puede disminuir la pobreza pero no la desiguald”. Para compreender esta lógica da relação democracia-economia-desigualdade-sociedade, é interessante dizer que crescimento não é a mesma coisa que desenvolvimento econômico. Desenvolvimento vai mais além do quantitativo de crescimento. Mas esta confusão se desenvolveu na (não) relação entre democracia e desenvolvimento. Durante muito tempo, vozes antidemocráticas (ainda hoje) entendem em desassociar tais conceitos, dando um caráter puramente técnico ao desenvolvimento, um objeto apolítico, ao ponto que nos organismos internacionais de desenvolvimento não era politicamente correto falar sobre política dentro de seus programas. No entanto, sabe-se que desenvolvimento e democracia andam de mãos dadas, porque somente na democracia é possível que as sociedades possam dirimir suas controvérsias e podem estabelecer os objetivos prioritários em matéria social³¹.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem dúvida, a democracia representativa é importante, ainda mais em um país com as dimensões do Brasil, mas ela não é suficiente para mitigar a desigualdade, a exclusão e a pobreza. Ao contrário, da maneira como está estruturada, se permitindo conviver com tais discrepâncias econômicas, culturais e sociais, tornou-se um instrumento de dominação das minorias empobrecidas, eis que insensível as demandas sociais para construção e expansão da cidadania, bastando analisar os dados aqui trazidos no primeiro capítulo.

Evidenciou-se que a igualdade de capacidade do indivíduo ou de grupos de indivíduos não contrapõe ao princípio de liberdade, na verdade são complementares, onde a liberdade busca compensar as desigualdades injustas e a igualdade empenhando-se em manter a liberdade, construídas através de instituições confiáveis, originando a liberdade igualitária de oportunidades.

Outro ponto de atração é o combate ao preconceito, através do respeito à diversidade de pessoas. Proporcionar inclusão ativa, plural e diversificada para garantir uma cidadania mínima especialmente para mulheres, afrodescendentes, LGBTQIA+, minorias étnicas e povos originários, através de ações efetivas com instrumentalização de políticas públicas, criação de fundos públicos e cogestão nas estruturas governamentais.

Eliminar o escancarado e institucionalizado abuso de poder político e econômico é essencial, alterando a legislação eleitoral, estabelecendo apenas e unicamente financiamento

³¹ CARRILLO-FLÓREZ, Fernando. Reforma política contra la desigualdade. p. 320.

público de forma igualitária para todos os partidos políticos; proporcionar igualdade de distribuição de tempo nos meios de comunicação para todos os partidos políticos; e a obrigação de todos os candidatos à reeleição se licenciarem de seus cargos, para não continuar a usufruir das estruturas do poder e de suas facilidades no período do pleito.

Descentralizar o poder estatal como fator de diminuição da desigualdade, buscando equilíbrio vertical de poderes, potencializar ações e atores regionais e locais e a geração de equidade através da participação, e de um novo pacto federativo, invertendo a lógica hoje existente, ou seja, aumentar as autonomias municipais na elaboração e na execução de políticas, repassando mais recursos para ele desenvolver, mas vincular esta autonomia a participação popular direta na elaboração, no planejamento e na execução de obras e prestação de serviços, através de canais institucionais de atuação popular, como conselhos deliberativos e consultas para aprovar investimentos do orçamento público.

O Poder Judiciário deve efetivar os direitos fundamentais inseridos na Carta Política, aplicando-os em suas decisões, estabelecendo-os como prioridades, refletindo os direitos dos cidadãos, na busca de desenvolvimento da capacidade de escolha dos indivíduos, garantindo, por exemplo, saúde, educação, meio ambiente saudável, moradia digna, enfim, dignidade da pessoa humana frente a dimensão econômica de matriz liberal.

É preciso educar para a democracia e igualdade. As escolas, desde o ensino fundamental até o superior deverão atentar para espalhar seus princípios para a nova população. Desenvolver o espírito democrático dentro de uma ideia colaborativa, participativa, empática e igualitária, permeando todos os anos curriculares e suas disciplinas, para não se permitir a dúvida sobre sua importância para a cidadania.

Por fim, entender que crescimento não é o mesmo que desenvolvimento econômico. É preciso desenvolver para combater a desigualdade social em todas suas nuances, onde o Estado e a sociedade civil organizada trabalhem para este fim, pois implantar uma sociedade mais igualitária na capacidade de seus indivíduos, dentro de uma democracia participativa, tornando-se a antítese deste Estado atual, onde vigora uma “democracia” representativa e uma sociedade extremamente desigual, produtora de ricos e não de riqueza e, quem sabe, para-se de fingir que se vive num Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEJANDRO, Pablo. **Advogados e empresários são a maioria entre profissionais eleitos para a Câmara dos Deputados**. 2022. Brasília: Câmara dos Deputados Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/913922-advogados-e-empresarios-sao-a-maioria-entre-profissionais-eleitos-para-a-camara-dos-deputados/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BARREDA, Mikel; COSTAFREDA, Andrea. La democracia importa, pero no basta para la igualdad. In: BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006.

BONET, Antoni Agiló. Fazer política através do espelho: vislumbres de outras democracias à luz dos indignados. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENDES, José Manuel (Org.). **Demodiversidade**: imaginar novas possibilidades democráticas. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018.

BRASIL. **Lei n. 9.504, de 30 de setembro de 1997**. Estabelece normas para as eleições. Tribunal Superior Eleitoral (TSE): Legislação. Brasília, 1997. Disponível em: <<https://www.tse.jus.br/legislacao/codigo-eleitoral/lei-das-eleicoes/lei-das-eleicoes-lei-nb0-9.504-de-30-de-setembro-de-1997>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CARRILLO-FLÓREZ, Fernando. Reforma política contra la desigualdad. In: BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006.

CHOMSKY, Noam. **Quem manda no mundo?** Tradução: Renato Marques. São Paulo, Planeta, 2017. Título original: *Who rules the world?*

_____. **Réquiem para o sonho americano**: os dez princípios de concentração de riqueza e poder. Tradução: Milton Chaves de Almeida. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2017. Título original: *Requiem for the American Dream*.

DAROS, William R. **La libertad y la igualdad como desafíos para la educación en democracia**: reflexiones a partir de la Concepción de John Rawls. Rosário: UCEL – Universidad del Centro Educativo Latinoamericano, 2011.

FLEURY, Sônia. Construcción de ciudadanía en entornos de desigualdad. In: BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006.

FRITZ, Karen Beltrame Becker; NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ, Luiz Fernando. Diálogo entre as teorias de justiça de John Rawls e Amartya Sen. In: GLASENAPP, Sirlei; MARIN, Solange Maria (Org.). **Ensaio sobre o pensamento de Amartya Kumar Sen**: contribuições teóricas e aplicadas à Economia. Santa Maria: Ed. UFSM, 2018.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Indicadores**. 2022. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/indicadores.html>>. Acesso em: 11 nov. 2022.

JORNAL EXTRA. **Custo para eleger um deputado federal em 2022 foi de R\$ 1,2 milhão em média**. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/politica/custo-para-eleger-um-deputado-federal-em-2022-foi-de-12-milhao-em-media-veja-os-gastos-por-estado-25590949.html>>. Acesso em: 10 nov. 2022

MACÍAS-AYMAR, Íñigo. La desigualdad de ingresos limita la calidad de la democracia? BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006, p. 145-169.

NAVARRO, Marc. Relaciones bidireccionales entre la descentralización y la desigualdade: una agenda para el debate. In: BINETTI, Carlo; CARRILLO-FLÓREZ, Fernando (Org.). **Democracia con desigualdad**: una mirada de Europa hacia América Latina. Nova Iorque: Banco Interamericano de Desarrollo y la Comisión Europea, 2006.

OLHE PARA A FOME. 2022. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/especiais/olhe-para-a-fome-2022/?gclid=Cj0KCQiAgribBhDkARIsAASA5btGVRclkcUmtlDNnm_oyrTS4tW0O8Tmkj68gbFsydDVq7mhjSUHXeoaAknIEALw_wcB>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PORTAL G1. **Veja a nova composição da Câmara dos Deputados em gráficos.** 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/eleicoes/2022/eleicao-em-numeros/noticia/2022/10/04/veja-a-nova-composicao-da-camara-dos-deputados-em-graficos.ghtml>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A gramática do tempo:** para uma nova cultura política. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

_____. Para além do pensamento abissal: das linhas globais e a uma ecologia de saberes. SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul.** Coimbra: Edições Almedina, 2009.

SEN, Amartya. **Desigualdade Reexaminada.** Tradução e apresentação: Ricardo Doninelli Mendes. Rio de Janeiro: Record. 2001. Título original: *Inequality reexamined*.

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

A EVOLUÇÃO DAS SOCIEDADES E DAS CONSTITUIÇÕES REVELADOS ATRAVÉS DO COMPLIANCE INTERNACIONAL

THE EVOLUTION OF SOCIETIES AND CONSTITUTIONS REVEALED THROUGH INTERNATIONAL COMPLIANCE

Marlon Adriano Balbon Taborda¹

Carlos Afonso Rigo Santin²

RESUMO

A evolução das sociedades confunde-se com a evolução das constituições na era moderna. O constitucionalismo revela-se como o grande protagonista das democracias ocidentais, e através dele, os ideais de liberdade, igualdade, justiça social e desenvolvimento sustentável que por séculos foram intangíveis à maioria, tornam-se viáveis a atingíveis. Nesse compasso, os Estados precisam um do outro, a sociedade não é mais local, e sim global. As relações passam a ser internacionais e dessa “nova” forma de relacionamento globalizado, surgem novas necessidades onde estabelecer normas comuns e confiáveis passa a ser vital. E nesse contexto, surge o compliance, enquanto equalizador de confiança comum nas relações internacionais. O presente artigo descreve a evolução das sociedades ocidentais e do constitucionalismo em seu primeiro capítulo, enquanto no segundo, faz uma análise histórica do compliance no mundo globalizado. Ao final, apoiado em pesquisa histórica e bibliográfica, através do método dedutivo, apresenta conclusões acerca da inexorável conexão entre os temas.

PALAVRAS-CHAVE: Evolução da sociedade, mundo antigo, Constituições Antropológicas da América Latina, *Compliance*; governança; Lei anticorrupção; programa de integridade.

¹Bacharel em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade da Região da Campanha de São Gabriel/RS (2001), Pós-Graduado em Direito Constitucional Aplicado pela Universidade Franciscana de Santa Maria/RS (2004), Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS, Brasil, Advogado, Plataforma Lattes: Email:dr.marlonbalbon@gmail.com.;

²Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2005); advogado inscrito na OABRS 64193 (2005); especialista em direito processual civil pelo Instituto Meridional – IMED (2008); Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2022); Plataforma Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0238077864917585>Email:carlossantin@razaoinfo.com.br

ABSTRACT

The evolution of societies is intertwined with the evolution of constitutions in the modern era. Constitutionalism reveals itself as the great protagonist of western democracies, and through it, the ideals of freedom, equality, social justice and sustainable development that for centuries were intangible to the majority, become viable and attainable. At this pace, states need each other, society is no longer local, but global. Relations become international and from this “new” form of globalized relationship, new needs arise where establishing common and reliable norms becomes vital. And in this context, compliance arises, as an equalizer of common trust in international relations. This article describes the evolution of western societies and constitutionalism in its first chapter, while in the second, it makes a historical analysis of compliance in the globalized world. At the end, supported by historical and bibliographical research, through the deductive method, it presents conclusions about the inexorable connection between the themes.

KEYWORDS: Evolution of society, ancient world, Anthropological Constitutions of Latin America, Compliance; governance; Anti-corruption law; integrity program.

INTRODUÇÃO

Estado, Governo, Constituição. Somente três palavras, cujo significado perpassa a própria existência do ser humano, e se revela em sua mais árdua tarefa, a de organizar-se em sociedade. A organização social talvez seja o maior desafio da humanidade, e após séculos de evolução, através daquelas três palavras que abrem o presente artigo, essa tarefa impossível nos parece um pouco mais viável.

E compreender essa organização social é a pretensiosa, porém nobre tarefa que foi objeto dos seminários ministrados na disciplina de Direito, Estado e Constituição, do programa de pós graduação de Mestrado da Universidade de Passo Fundo.

Instigados pelo enorme desafio propostos, os seminários apresentaram aos alunos uma visão geral da história da evolução dessa organização social humana, e como tais elementos históricos, servem de sustentáculo à nossa atual sociedade e vida cotidiana.

O presente artigo é fruto dessa instigação histórica, e compila em algumas páginas as palavras dos próprios alunos em sala de aula acerca da evolução e a relação dessa evolução histórica para com a matéria de *Compliance*. Sendo esse, o resultado das relações entre as nações mundiais e relações internacionais cada vez mais globalizadas.

Não se pode falar em sociedade sem falar em questões e relações globais. Estado, Governo e Constituição são ferramentas de organização social que permite que as sociedades se desenvolvam e principalmente, se relacionem de forma harmônica, e pelo menos na maneira ideal mas nem sempre realizável, pacificamente. O *Compliance* é o instrumento legal resultante

da necessidade do relacionamento internacional não conflituoso e por isso, intimamente ligado ao objeto do presente estudo.

1. A SOCIEDADE ATUAL, O MUNDO ANTIGO, AS CONSTITUIÇÕES ANTROPOLÓGICAS DA AMÉRICA LATINA

Partindo-se da idéia que para ser trabalhar uma abordagem no que se refere à relação da sociedade atual com o mundo antigo, inclusive para que possamos entender o movimento atual das constituições, especialmente as no ocidente no que tange à América Latina que agora valora a leitura de que a natureza deve ser valorada, precisa-se que se adentre em uma linha de abordagem de como o Estado foi se organizando, pois ele tem que ser observado também a evolução que transpôs a passagem do estado absolutista para o estado moderno, até chegar no estado constitucional, e dentro destes as formas de governos e de estados, e dentro desse passeio histórico. É constatável que há toda uma evolução que concebe a idéia dos direitos fundamentais, os quais passaram por um longo processo para chegar até os dias atuais.

E o fato é que até 10 anos atrás se achava que se tinha evoluído tanto em direitos que se acreditou que não se retrocedesse, mas o fato é que existe uma leitura de que pode não melhorar, os mais entusiastas tinham que o modelo mais promissor seria o do Chile, mas este modelo não se sustentou além de um tempo com não intervenção do Estado, não resistiu, ruiu, Mesmo assim, no sistema constitucionalista, o novo não é mais a Europa, é a América Latina, é a leitura antropológica que vem sendo aplicada nos países deste continente, alguns já com leis constitucionais, outros com legislação ordinária bem avançada, especialmente sob este enfoque do respeito à antropologia, à natureza, ao meio ambiente.

Muito se fala, mas não se trás o real conceito, mas o fato é que essas novas constituições trazem o conceito de natureza, e o homem é o mais frágil, e ao mesmo tempo é o que mais destrói, tendência esta que ganhou evidência com abordagem na ECO92, que foi o que mais se avançou sobre o tema ambiental, depois, já na Rio+20 não se teve tanto enfoque, mas uma questão uníssona é que para salvar a economia há dinheiro, e para salvar o meio ambiente, se propala que não há.

A questão é que o que aconteceu mexeu com muitas forças e interesses, com renda para muitos, (Bolzan, 2011) expõe que o Estado está em crise, pois, em suma, há privilégios para alguns poderes, e este modelo atual perpassa pelo mesmo modelo absolutista, as situações tendem e vão mudar, seja de forma civilizada ou não civilizada.

Mas o fato histórico, superadas as questões das informações, é que o povo que é soberano não é organizado, já que em 1917 teve a constituição do México que trouxe uma forte

indicação dos direitos, e foi modelo de estado social, pouco difundida, é verdade, e também nas duas grandes guerras houve um rompimento com tudo isso. Depois vem o “*wellfarestate*”, o estado de bem estar social, e o problema é que muda o governo, muda a política pública, muda tudo, pois não há plano que não o de poder, pois, na vontade política é importante observar todo este estado de transição, e por isso se está vivendo uma crise constitucional.

E surge um novo constitucionalismo, dito que ocorrido na Bolívia, no Equador, no Chile, que expressa respeito à dignidade humana, assim como se antecedeu exemplarmente no Brasil já ao final da década de 80 do século XX, e se tem que observar todos esses processos, e por isso se vez esta rápida viagem no tempo, pois se faz estas viagens justamente pelo fato de que, como já estivemos, sabemos onde e como devemos estar.

A primeira parte desse estudo ele se centra e tem como um enfoque mundial das concepções sobre natureza que foram se transformando nas situações determinadas pela modernidade ,e essa revisão dos antecedentes históricos é feita através de diferentes construções no mundo que determinaram esse início de discussão sobre a natureza como um sujeito entidade de modo que, depois, se analisa de uma forma mais pontual analisado esse contexto movimentado na América Latina retro referidos.

Desta forma, estas análises desses fundamentos de discussão sobre os direitos da natureza vão passar por um necessário ato de análise da aplicação dos direitos da natureza a sua relevância atual e sua significância sociocultural, e que também são uma questão de natureza de diferentes grupos étnicos, porque nesta região da América existem os seus nativos, que são indígenas locais, nativos, com e enfoque histórico mundial da natureza dentro de um contexto filosófico e cultural.

A natureza, assim como a sociedade humana, é um produto contínuo de processo de troca e adaptação, e pode ser dito que tem uma ilustração que determina a razão humana como determinante da existência dessa dualidade entre o homem e a natureza, e que o homem busca entender esses processos naturais pela lógica sem nenhuma forma de mística sentimental, questão esta que nos Andes há relatos de valoração, e que se coloca como avanço nas legislações Constitucionais da América Latina.

Este atual momento das novas constituições, fazem com que a natureza se volte como objeto principal, não de apropriação, mas sim no contexto de um ser só elemento integrado ao ser, pois existe uma transformação da natureza no ambiente, e é o ser humano que estabelece uma relação sendo dominador desse em torno do poder de uso dos recursos, o qual é feito em nome do Progresso material, de modo que essa concepção da natureza está limitada pelo conhecimento humano e científico.

O ser humano vinha sendo colocado no lugar de supremacia sobre as outras espécies, mas ele é o único ser vivo que pode ir além dos processos naturais, já que a modernidade estabelece um objetivo que esta transformação do mundo por onde está a natureza, e a natureza foi reduzida de forma bem significativa nessa relação homem, e sem natureza – em nome do desenvolvimento – se determina uma dualidade que separa inclusive o humano da natureza.

Foi nos anos 70 e que nasceu o termo que hoje é adotado na concepção de ecologia, que coloca essa em debate a natureza que busca um sustento explicativo dos processos biológicos em frente da deteriorização ambiental.

As discussões que surgiram desde a metade do século XX em diante sobre a ecologia sempre acabaram sendo sobre um enfoque de que a parte ambiental é um assunto que entra no rol de interesse humano em razão das alterações no ambiente que o homem faz, e que acabam tendo reflexo direto no pensamento econômico social do progresso, e uma busca de um crescimento ilimitado, sendo que tem que ser posicionada a natureza como um objeto político que transcenda a proposta unicamente conservadora do uso da mesma, e assim foi inclusive quando se debateu na "conferência de Estocolmo" que a natureza passou a ser analisada em relação aos aspectos políticos de desenvolvimento econômico efetivamente em razão do progresso global.

O fato é que a partir da década dos anos 70 se começou a ter um enfoque da antropologia dentro da ecologia com o objetivo de conhecer as culturas que interpretavam o mundo e seus valores intrínsecos, de modo que se criou uma disciplina de Antropologia cognitiva que explicava esses modelos conceituais do mundo e como foi essa etnoecologia, e vários estudos, e, por exemplo, trouxeram essa questão de que os animais não humanos também são considerados pessoas em outras culturas, algumas questões até mesmo ligadas à ancestralidade espiritual, e a explicação dessa diversidade de pensamento se dá devido às distinções e experiências e contextos sociais, e assim os antropólogos determinaram que se considera mundo somente construções determinadas por interações sociais e experiências vividas na medida em que elas são decorrentes de percepções do mundo e suas interpretações pelas pessoas, e esta é, em suma, a forma de abordagem do pachamama nas novas constituições da América Latina, pois os seres humanos se relacionam com a natureza mediante e os conhecimentos e saberes apreendidos pelos ancestrais e os conhecimentos e também aprendizados são produtos constantes de adaptações, e, e então este rol da antropologia faz com que se entenda e se faça visível essa interação não muito evidente no entendimento da natureza como conceito da Cultura que está em constante mudança.

No que tange à natureza como o sujeito-entidade, em que pese uma herança Européia no que se refere a ser proveniente da modernidade no conceito de natureza, se concebe que

atualmente ela é vista como um sujeito não exclusivamente com objeto para exercer supremacia, mas o fato é que está havendo uma troca de paradigma que havia em respeito à integralidade da natureza, visando e uma recopilação de algumas propostas da natureza como o sujeito-entidade, e aí veio a proposta de Gaia, e assim também o é a dos indígenas de PachaMama, sobrevivendo a concepção de que "áreas silvestres" devem ser preservadas, sendo que, por outro lado, os grupos humanos que habitam essas "áreas silvestres" se consideram como um problema nessa perspectiva de análise econômica da natureza intocada, porque esses grupos são indígenas ancestrais habitantes dessas áreas e as modificações da forma de vida tradicional delas em seu retorno também é algo que tem avançado muito em críticas no que se refere à análises, já que também houve a proveniência de estudos biológicos, psicológicos, geológicos, arqueológicos, antropológicos e físicos que consideram, por exemplo, a hipótese de Gaia em que a natureza é a mãe terra é considerada como um super organismo com vida própria e o planeta é um sistema que se auto regula que deve se adaptar às condições do entorno, especialmente posto ao fato de que os humanos estão fisicamente também interconectados com a terra.

Existem também outras correntes de análise que se inspiram mais nas concepções indígenas da natureza que consideram que o aspectos em torno da relação com o ser humano, e essa concepção o humano vem a ser um elemento dentro da natureza e não existe essa dualidade entre o Pachamama e na relação há um equilíbrio do homem e o seu entorno.

Na concepção de vários grupos étnicos dentro dessa concepção tem os mitos e também análises religiosas existe uma situação de uma ação coercitiva que impõe que as ações humanas tenham um impacto menor no ambiente, não que se promovam a concepção antropocêntrica da natureza, mas que não existem relações humanas e hierárquicas, e como consequência de se criar uma concepção do "nobre selvagem" que vive uma relação simbiótica com o entorno, de modo que esta proposta ignora feitos históricos dos grupos humanos que modificaram O entorno devido às razões demográficas, de modo que essas três concepções da natureza são independentes de valores utilitaristas e também análises econômicas, sendo que existem concepções que fomentam o biocentrismo que são diferentes da que se enquadra como concepção antropocêntrica, e o biocentrismo reconhece os valores intrínsecos que vão mais além dos reconhecidos pelos humanos.

Neste contexto de sociedades amazônicas e sua relação com a natureza, desde o século 16 a sociedades indígenas da Amazônia tem vivido o processo de troca de transculturação e endogêneses nesses processos de conquista e evangelização e colonialismo, e tudo isso se explica como esses indígenas conheciam a complexidade do bosque em que habitavam, e suas vidas sempre dependeram muito da caça pesca coleta de frutos e alguns cultivos cada um

sempre buscando a subsistência dentro desse bosque, havendo, assim, uma visão cultural ecológica de natureza.

Todos esses grupos humanos seus ancestrais fundaram em tempos distantes uma relação de parentesco e espiritualidade que estão relacionadas desde a origem do mundo e que se concebe como uma construção de forma revelar o próprio mundo enfim descrevendo as pessoas não um termo de superioridade na relação com a natureza.

Os humanos formam uma parte de uma estrutura completa de interação dentro da sociedade são como um universo onde se cumprem papéis sociais de adaptação, criando normas efetivas para a manutenção desses ciclos naturais, de modo que pode se entender isso como princípios ecológicos que se embasam em normas sociais e econômicas com o objetivo de conservar o espaço que sustenta os recursos naturais e satisfaça a necessidades sociais, ao passo que há a referência cada vez mais evidente de que os meios de energia são limitados, de modo que quando ao se matar um animal, ou se recolher um fruto, a energia local vai diminuindo, e a consciência se determina que jamais se deve e tampouco se possa perturbar o equilíbrio, e sim se reintegrar o sistema, bem como existe a necessidade de viver em concordância com a natureza se deseja existir como uma unidade com ela.

Assim, a leitura atual é que se entende o reconhecimento de um ecossistema estratégico para o seu valor intrínseco ao ambiente para o desenvolvimento da vida das sociedades humanas que habitam o território, bem como o território é visto como um todo que a comunidade pode tem controle efetivo não somente do espaço do solo físico mas aquele que se encontra nele mesmo como que relacionado inclusive ao bem-estar social e familiar, existindo, assim, um valor cultural significativo que determina os trabalhos dos homens e das mulheres das atividades agrícolas que está determinado na feminilidade de PachaMama(aqui vale uma ressalva que se está chamando e significa uma divindade na cultura Andina que é que a natureza cria e recria através dos elementos da vida, e o ser humano é a parte integrante dela, merecedora de proteção jurídica);

As sociedades andina conhecem os aspectos-chaves do clima nas alturas, o frio, e o mesmo ocorre com a neblina as nuvens e as cores do céu, e esses ensinamentos são conhecimentos que resultam licenciamento para o fim de ser meio, também dos trabalhos com a lavoura com os animais e outros, e seus conhecimentos ecológicos se relacionam justamente com a atividade diária de viver, podendo ser dito que se observou o importante papel das mulheres na conservação das plantas nativas, e dentro da cosmo visão Andina existe um vínculo muito estreito entre o astral o agrícola e o social, o ciclo natural do sol com a terra se evidenciam em quatro períodos bem marcados dos equinócios e os solstícios, onde até cerimônias são praticadas com relação os cuidados da lavoura, e tanto nos Andes do Equador e todas as zona

Andina ela se manifestam nas mesmas tradições no que se refere ao início das colheitas, existe uma diversidade cultural muito grande e ampla mas fica evidente a questão do agradecimento a terra pelas colheitas que faz a mulher semear...

Para o mundo indígena todas as formas de tradições são formas de expressar-se da sua cultura e que elas interpretam essas trocas com as experiências vividas da origem das montanhas dos fenômenos naturais e seus reflexos e também na concepção da natureza com a PachaMama, e é essa a leitura constitucional que agora vem sendo feita como movimento na América Latina, e que no Brasil já há através da Lei Ambiental, a Lei N.º 9.605, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.

Assim, as tendências representam o contexto coerente e sistemático em cujo seio pode estabelecer-se um sistema de conexões, deduções e decisões lógicas que amparem a natureza em si como ente de direitos, e tudo isso é muito relevante para a linguagem jurídica posta como norma, em mais do que um duplo sentido, tudo para que haja uma maior estruturação lógica e legislativa na linguagem jurídica, porque há este interesse de deixar a possibilidade de projetar regras lógicas nas normas que permitam facilitar as interpretações pró-natureza, e é isto que está sendo aplicado nas constituições da América Latina.

2. COMPLIANCE X INTEGRIDADE: QUESTÕES HISTÓRICAS E CONCEITUAIS

Ao contrário do abrangente cenário histórico do capítulo anterior que remonta aos primórdios da sociedade, 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 (PAGOTTO, 2013).

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, e, 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 (ABBI, 2008).

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* 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. (ZAGARIS, 2013).

O Reino Unido sofreu a pressão do exemplo americano. Em 1998 a Comissão de Legislação do Reino Unido produziu um documento de consulta e um relatório sobre a corrupção que resultou em um projeto de lei patrocinado pelo governo, bases para apresentação do *UK Bribery ACT* ou, livremente traduzida, lei anticorrupção britânica, extremamente severa (FISCHER QC, 2013).

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 com as iniciativas que fazem parte do que Rodrigo de Pinho Bertocceli identificou como sistema legal de defesa da moralidade, reconhecido como um esforço da boa governança contra a cultura indecorosa e corrupta generalizada da imagem do brasileiro, qualificado pela lábia e pelo “jeitinho brasileiro” (CARVALHO, 2019). Nesse arcabouço de defesa da moralidade, podemos citar a Lei de Crimes de Responsabilidade (Lei nº 1.079/1950), Lei da Ação Popular (Lei nº 4.717/1965), Decreto-Lei que dispõe sobre a responsabilidade de Prefeitos e Vereadores (Decreto-lei nº 201/1967), Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/1992), Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/1993 e Lei 14.133/21); Lei de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/2011); Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135/2010), Código Penal, Título XI, quando se refere aos crimes praticados contra a Administração Pública, dentre outras.

Nesse mencionado 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 das Nações Unidas Contra a Corrupção, promulgada em 2003 das Nações Unidas (ONU) (VIOL, 2021).

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 prevêem 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 (BRAGATO, 2017).

Não por coincidência, foi em meados da primeira década dos anos 2000, que o Brasil revelou alguns dos maiores escândalos de corrupção de sua história, desnudado pelas práticas do que ficou conhecido como “mensalão”. Nesse contexto, foi aprovada a Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. Os casos revelados pela operação Lava Jato (instaurada em 2014), que revelaram ao público a existência de esquemas de corrupção dentro de empresas públicas, que utilizavam contratos travestidos de aparente legalidade, serviram de base fática ao convencimento e aprovação da Lei 13.303/16 – Lei das Estatais – que também avança na matéria de combate à corrupção. E, mais recentemente, sobreveio a Lei 14.133/21 – nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos –, que dentre diversas inovações visando uma maior eficiência do setor público, expressamente reconhece as práticas de *compliance* como atenuantes de penas e fatores de desempate em disputas de licitações.

Somados à estas iniciativas, infere-se também a existência de práticas do Poder Executivo e seus órgãos de controle para o combate à corrupção. O Conselho Administrativo da 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 atenuar as sanções pecuniárias. Da mesma forma, a portaria nº 750/2016, da Controladoria Geral da União, que instituiu de forma oficial o primeiro programa de integridade. 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.

E essa cultura de integridade reflete em aspectos econômicos. Conforme descrito por Janaína Santin (SANTIN, 2021), uma empresa em conformidade passa a ter melhor adequação de fluxo de caixa, respeitabilidade e credibilidade, que lhe credencia a oportunizar melhores contratos e também a prevenir desvios e esquemas de corrupção.

Diante do contexto revelado, não é difícil concluir que o *compliance* ganhou relevância e muito destaque no Brasil. E foi recepcionado pelo ordenamento jurídico pátrio, aparecendo em diversas formas e instâncias, desde manuais de boas práticas de empresas públicas e privadas, às legislações municipais, estaduais e federais. Mas apesar dessa relevância, jamais havia sido definido de forma precisa.

A compreensão do termo em si não se mostrou um problema para os operadores do direito, que apoiados pela experiência e exemplos especialmente do direito internacional, apresentaram o *compliance* brasileiro como um conjunto de normas e ações destinado à cumprir determinado regramento. Era um conceito meramente lingüístico, interpretado como *tobe in*

compliance with the law ou *to comply*, o que poderia ser traduzido “estar em conformidade com a lei” ou “cumprir”.

Ocorre que com o passar dos anos e o aumento dos litígios envolvendo a matéria, essa definição de *compliance* não se mostrou suficiente. Isso porque, se analisada em sua essência, não traz nenhuma novidade e prevê somente o que seria o óbvio em qualquer sociedade democrática, que todo cidadão deve cumprir a lei à qual se submete.

Essa fragilidade conceitual motiva a busca de uma definição mais precisa para o termo, o que foi revelada na obra de Giovani Agostini Saavedra, quando observa que esse “estar em cumprimento” ou “estar em *compliance*” adquire novo significado, ligado ao compromisso, com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos que demonstrem que a empresa ou organização está buscando garantir e se manter em estado de *compliance*. Essa condição consiste em um estado dinâmico de conformidade a uma orientação normativa de comportamento, com relevância jurídica por força de contrato ou lei, que é caracterizado pelo compromisso com a criação de um sistema complexo de políticas, de controles internos e de procedimentos que demonstrem que a empresa está buscando garantir, que se mantenha em um estado de *compliance* (SAAVEDRA, 2019).

Nessa mesma esteira, empresta significado a definição de Carvalhosa, que define o *Compliance* como o regime de conformidade que tem por finalidade estabelecer a padronização das condutas empresariais em consonância com a lei através de adoção de Código de Ética, treinamento do quadro profissional da empresa e criação de auditorias internas com competências para analisar a procedência das transações praticadas pela dita pessoa jurídica. Tudo isto se propondo a combater a prática de atos ilícitos no âmbito das empresas (CARVALHOSA, 2015).

Infere-se desse conceito que para alguém estar em conformidade só pode estar em conformidade com alguma coisa. E nesse sentido, a pesquisa vai ao encontro das definições reveladas por Matheus Bonaccorsi (2020), quando afirma que o *compliance* é um conceito relacional. E como tal, é relacionado às regras que se pretende cumprir ou aplicar. Portanto, o *compliance* deve ser compreendido enquanto um gênero, e por sua vez, as normas com as quais se relaciona, sua espécie.

Superada a compreensão prática e linguística do conceito de *compliance*, a expressão ainda não é capaz de resolver o problema da sua tradução para o ordenamento jurídico, por mais que isso não seja tão relevante, e a confusão entre os diferentes programas de *compliance* previstos na legislação brasileira. Isso porque, diversas normas, federais, estaduais e municipais, além de normativas internas de entidades e órgãos de controle, empresas públicas

e privadas, fazem referência ao tema do *compliance*, mas não apresentam uma conceituação precisa que ofertasse luz à falta de embasamento legal sobre o tema.

Nesse contexto, o primeiro grande avanço legislativo que buscou enfrentar o problema dessa falta de precisão se deu através do Decreto 8.420/2015, e, recentemente, através do Decreto 11.129/2022, que além de revogar àquele primeiro, dentro outras medidas, procurou aprimorar a regulamentação da Lei Anticorrupção e apresentar, em seu capítulo V, conceito preciso sobre o tema *compliance* anticorrupção, agora identificado como programas de integridade, assim definidos: os programas de integridade são o 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 de prevenir, detectar e sanar qualquer ato ilícito praticado contra a administração, fomentando uma cultura de integridade dentro da empresa (art. 56º do Decreto 11.129/22).

O *compliance* é um conceito mais abrangente, do qual o Programa de Integridade faz parte. Enquanto o *compliance* é responsável por monitorar os atos normativos com foco na ética e transparência, a gestão de integridade está inclusa no conceito por ser específica no controle das condutas e forte ferramenta no combate à corrupção. Enquanto àquele tem um sentido de cumprimento da lei (gênero) - e não sendo essa definição suficiente - a legislação precisou agregar mecanismos de integridade para assim estabelecer uma cultura de se fazer o certo em toda a corporação para combater ilícitos e a corrupção em si. Esse elemento agregador identificado como integridade passa a ser a forma mais efetiva, no ambiente corporativo, para o combate à corrupção, fraudes e demais ilicitudes contra a Administração Pública (ITI, 2018).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O mundo não é mais um espaço local ou mesmo regional que obedece divisões geopolíticas e fronteiras estabelecidas por acordos. A sociedade organizada não é mais local, e sim global. E como tal, necessário existir regramentos e órgãos supra estatais capazes de oferecer confiança e segurança à que essas relações não serão repetições de fracassos históricos que representam involuções na história humana. A exemplo da convenção de Haia, e das primeiras trocas financeiras entre mercados internacionais representado pelo BIS ainda no início do século XX, as regras de *compliance* e de comprometimento com o cumprimento de normas e acordos passou a ser a grande moeda internacional. Durante as aulas ministradas, foi mencionado Acordo de Schengen, que derrubou as barreiras internas, e estabeleceu a livre circulação e estabelecimento, no bloco europeu; a OCDE, OEA, ONU; todos organismos que pautam as relações internacionais e tem nas constituições de cada país membro, ditames que se aproximam e oferecem segurança e confiança. E cada vez mais, apenas àqueles

comprometidos ao cumprimento (compliance) dessas regras é que se fará presente e em condições de se desenvolver socialmente e economicamente.

Da mesma forma, o novo constitucionalismo latino americano, apresenta novas leituras constitucionais da valorização da ecologia, da natureza, da Pachamama, e da consideração do ambiente ou meio ambiente, como um sujeito de direito, à ser reconhecido e protegido. O desafio é como implementar esse objetivo. E o *compliance*, da forma que encontra-se estruturado atualmente, reconhecido na legislação e detentor de características protetivas de bens nem sempre tangíveis ou materiais, se apresenta como uma poderosa ferramenta à implementar esse objetivo constitucional. O *compliance* ambiental por exemplo, exigido de grandes empresas com potencial de poluição de destruição, pode vir a ser – se efetivo – a grande ferramenta à proteção ambiental projetada pelo constitucionalismo latino.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. Org **DERECHOS DE LA NATUREZA**. El futuro esahora. Quito-Ecuador: Abya-Yala, 2009

ÁVILA, Ana Paula Oliveirae José Eduardo Tinen. Whistleblowing e a regulamentação dos canais de denúncia: A experiência nos sistemas comparados. **Revista Científica do CPJM**, Rio de Janeiro, Vol.1, N.01, p. 03-05. 2021.

Pietro Méndez, Julio Marcelo; prólo de Jorge Bonavides Ordón~mez. 1ª ed. Quito: **Corte Constitucional delEcuador**; CEDEC, 2013 (Nuedoderechoecuatoriano, 280 p

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Crises do Estado e da Constituição e a transformação espaço-temporal dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, 2ª edição.

BONACCORSI, Matheus Fernandino. **Corporategovernance e compliance: origem e evolução dos programas de cumprimento**. In: **DIREITO EMPRESARIAL I**, Renata Albuquerque Lima; Viviane Coêlho de SéllosKnoerr (org.), Florianópolis: CONPEDI, 2020. p. 107.

BRAGATO, Adelita Aparecida PodederaBechelani. **O compliance no Brasi: a empresa entre a ética e o lucro**. 2017. 133 f. Dissertação (Mestrado) – Universidade Nove de Julho – UNINOVE, São Paulo, 2017. p. 52-56

BRASIL. Lei N.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Lei de Crimes Ambientais**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 15 out. 2022.

CARVALHO, André Castro *et al* (Coord.). **Manual de Compliance**. 2. reimpr. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 49/50.

CARVALHO, André Castro. Atualização dos programas de *compliance* a partir do Decreto nº 11.129/2022. **Consultor Jurídico**. Julho de 2022. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2022-jul-24/publico-pragmatico-atualizacao-programas-compliance-partir-decreto-11129#_ftn5. Acesso em: 04 out. 2022.

CARVALHOSA, Modesto. Considerações Sobre a Lei Anticorrupção das Pessoas Jurídicas: Lei 12.846/2013. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, p. 30. 2015.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB). **Compliance: essência e efetividade**. Organizador: Claudio Lamachia, Carolina Petrarca; coordenador: Izabela Frota Melo, Roberta Codignoto. p. 7. Brasília. 2018.

RUIVO, Marcelo Almeida; PIRES, Adriane da Fonseca. Limites do whistleblower – denúncia de crimes contra a administração pública, ilícitos administrativos e ações lesivas ao interesse público. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** n. 174 (2020: 41-69).

SAAVEDRA, Giovani Agostini. Panorama do Compliance no Brasil: Avanços e novidades. In: NOHARA, Irene Patrícia; PEREIRA, Flávio Leão Bastos (coord.). **Governança, Compliance e Cidadania**. 2. Ed. Ver. Atual. E ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 37

SANTIN, Janaína. **Compliance e programas de integridade na legislação do riogrande do sul, brasil**. In: **DIREITO ADMINISTRATIVO E GESTÃO PÚBLICA II**, Recurso eletrônico on-line, organização CONPEDI Coordenadores: Janaína Rigo Santin; Newton Cesar Pilau – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

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. p. 24.

Peres Luno, Antonio Enrique. **Perspectivas e Tendências Atuais do Estado Constitucional/Antonio Enrique Perez Luño**; tradução Jose Luis Bolzan de Moraes, Valéria Ribas do Nascimento. – Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

Pietro Méndez, Julio Marcelo; prólo de Jorge Bonavides Ordó mez. **Nuevo derechoe cuatoriano**, p.4-280 1ª ed. Quito: Corte Constitucional delEcuador; CEDEC, 2013.

QC, Jonathan Fischer. Overview of The UK BriberyAct. In: DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção & compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. p. 141.

VIOL, Dalila Martins: O Farol da Integridade Pública: Um Estudo de Caso sobre o Programa de Integridade da CGU. **Revista da CGU**. Brasília.Vol. 13. N23. Jan.-Jun. p. 132-136, 2021.

ZAGARIS, Bruce: Transnational corruption in Brazil: therelevanceofthe U.S. experiencewiththeForeignCorruptPracticesAct. In DEL DEBBIO, Alessandra et al. (coord.). **Temas de anticorrupção &compliance**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013. P. 102-108.

A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988 E O MOVIMENTO DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

THE CONSTITUTION OF THE FEDERATIVE REPUBLIC OF BRAZIL OF 1988 AND THE LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM MOVEMENT

Ivanio Formighieri Müller
Luiz Ernani Bonesso de Araujo
Talissa Truccolo Reato

RESUMO

O artigo questiona se o movimento do Constitucionalismo latino-americano, sobretudo no que tange às Constituições da Bolívia e do Equador, está alinhado com as premissas idealizadoras do federalismo a que aludem a Constituição Federal do Brasil. O objetivo geral analisa comparativamente as Constituições do Brasil do Equador e da Bolívia, que evidenciam o chamado novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo no que concerne ao uso do federalismo consagrado pela Constituição do Brasil, apreciando as possíveis diferenças e semelhança do instituto entre as Cartas Magnas. Entre as metas, avaliar se a Constituição do Equador que, por sua vez, cria autonomia ao chamado Estado Central, aos governos regionais, municipais, de distritos e de paróquias, além das províncias, enquanto a Constituição da Bolívia realmente confere a mesma autonomia descentralizada a níveis regionais, municipais, indígenas e camponeses. Em relação aos métodos a linguagem textual está posta via uma leitura sistemática. Trata-se de uma pesquisa exploratória.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo latino-americano. Constituição brasileira. Federalismo. Organização do Estado.

ABSTRACT

The article questions whether the movement of Latin American Constitutionalism, especially with regard to the Constitutions of Bolivia and Ecuador, is aligned with the idealizing premises of federalism to which the Federal Constitution of Brazil alludes. The general objective comparatively analyzes the Constitutions of Brazil, Ecuador and Bolivia, which evidence the so-called new Latin American constitutionalism, especially with regard to the use of federalism enshrined in the Constitution of Brazil, appreciating the possible differences and similarity of the institute between the Letters magnas. Among the goals, evaluating whether the Constitution of Ecuador, which, in turn, creates autonomy for the so-called Central State, regional, municipal, district and parish governments, in addition to the provinces, while the Constitution of Bolivia

actually confers the same decentralized autonomy at regional, municipal, indigenous and peasant levels. Regarding the methods, the textual language is set via a systematic reading. This is an exploratory research.

KEYWORDS: Latin American constitutionalism. Brazilian Constitution. Federalism. Organization of the State.

INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem como fito realizar a comparação entre a Constituição Federal do Brasil de 1988 e as Constituições do Equador e da Bolívia, as quais evidenciam o chamado novo constitucionalismo latino-americano, sobretudo no que concerne ao uso do federalismo consagrado pela Constituição do Brasil, analisando-se as possíveis diferenças do instituto entre as Cartas Magnas ou, ainda, seu possível alinhamento teórico.

Num primeiro momento, estuda-se a conjuntura atual do federalismo no Estado brasileiro, o que se deu pela promulgação da Constituição Federal de 1998, haja vista que antes dela os Estados membros sofriam os efeitos de não possuir autonomia econômica e fiscal para gerir seus interesses regionais, muito por conta dos governos autoritários que existiam à época.

Neste passo, a Carta Magna estabelece diretrizes específicas para dar autonomia aos Estados-membros, ao Distrito Federal e aos Municípios, como forma de gerir a competência jurídica e administrativa de todos os entes de governo que integram a nação, a iniciar pela União, que possui prerrogativas para este fim.

Ademais, são expostos os principais pontos relativos ao processo de construção do novo Constitucionalismo latino-americano, iniciado em razão da promulgação das Constituições do Equador e da Bolívia, que evidenciaram a reincorporação dos povos andinos no papel democrático, mormente pelo processo de decolonização.

As premissas consagradas nas Constituições andinas são referenciais para o povo da América do Sul, na medida em que estabelecem o pluralismo jurídico, a proteção da Pachamama (e, conseqüentemente, ao meio ambiente), a participação do povo indígena e camponês no processo democrático, objetivando dar espaço ao que se chama de Bem-Viver.

Neste passo, abordam-se os entornos constitucionais estabelecidos no novo constitucionalismo latino-americano a que se referem o federalismo, que na Bolívia, por exemplo, possui a descentralização como principal garantia de efetivar a autonomia dos chamados departamentos, províncias, municípios e territórios indígenas e campesinos.

Já no Equador, a Constituição descentraliza o poder administrativo a fim de garantir autonomia ao denominadas regiões, províncias, cantões e paróquias rurais, cujo Estado Central

disponibiliza anualmente, por meio do Tesouro nacional, percentual econômico específico para que os entes tenham autonomia financeira.

Em relação aos métodos de pesquisa a linguagem textual está posta via uma leitura sistemática. Trata-se de uma pesquisa exploratória. Utilizou-se como procedimento técnico o levantamento de dados bibliográficos, de modo que a técnica de pesquisa empregada na investigação é a bibliográfica.

1. O FEDERALISMO À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL

A Constituição Federal de 1998 possui como preâmbulo:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL (BRASIL, 1988).

Nestes termos, tem-se que a organização social do povo possui como preceitos básicos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, de modo a ensinar e referendar a Constituição da República com base federativa.

Neste passo, a história do federalismo no Brasil se inicia em decorrência da existência dos governos autoritários, na medida em que os Estados perdiam força fiscal e econômica, o que ensejava grande perda de autonomia. Afirma Fernando Rezende (2013, p. 30):

A história do federalismo foi marcada pela alternância em situações que os Estados perdiam autonomia política e financeira durante a ascensão dos regimes autoritários e recuperavam a autonomia, às vezes em maior grau do que haviam perdido, após a redemocratização. Esse processo teve início já nos primeiros anos da Independência.

Neste passo, para organizar e gerenciar a autonomia política e administrativa dos Estados, a repartição de competências é ponto primordial a caracterizar o federalismo atualmente, haja vista que é através desta repartição que os entes conseguem colocar em prática a organização necessária a gerir as necessidades da nação.

Na obra intitulada “Federalismo: desafios contemporâneos”, afirmam Bolonha, Liziero e Sepulveda (2019, p. 19), quanto às competências federativas:

Essa delimitação, chamada de repartição de competências, é o ponto central do federalismo, pressuposto da autonomia dos entes federados. As unidades federadas recebem diretamente da Constituição Federal as suas competências, isto é, o

reconhecimento de seus poderes conjugado com a atribuição de encargos. Não se trata de mera descentralização administrativa, mas da existência conjunta de múltiplos centros de decisão política, cada qual com a exclusividade em relação a determinados assuntos. A União trata dos interesses gerais, os Estados e outros entes federados (quando existem) dos seus próprios interesses regionais ou locais

Chamado pelos autores como “centros de decisão política”, o federalismo se concretiza à medida da necessidade das políticas locais, regionais e gerais, concretizando a premissa básica das atribuições de encargos de forma a dar a necessária autonomia a cada ente.

Deveras, foi com a promulgação da Constituição de 1988 que os Estados retomaram sua autonomia política, administrativa e financeira, haja vista que o processo da constituinte garantiu de forma efetiva a possibilidade e gerenciar impostos e beneficiar-se de transferências constitucionais, trazendo maior liberdade de governar (Rezende, 2013).

Neste passo, o artigo 1º da Constituição Federal dispõe que “a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito” (BRASIL, 1988), ou seja, com maior ou menor autonomia, da leitura deste artigo é que decorre o Estado brasileiro, composto pela União dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios.

O artigo 60, § 4, inciso I, da Constituição Federal assegura como cláusula pétrea que: “a Constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado” (BRASIL, 1988), portanto, a deliberação de dissolução a forma federativa do Estado não é permitida.

Por conseguinte, os Estados-Membros que compõem a federação são aqueles que possuem autonomia, embora a própria Constituição Federal estabelece limites aos Estados, à luz do disposto no artigo 34, que prevê a possibilidade de intervenção da União quando da ocorrência de violações a que alude o referido artigo e incisos.

No que concerne a composição dos Estados-membros e seus aspectos legais, garante Ramos (2013, p. 85):

Os Estados constituem-se em instituições típicas do Estado Federal. São as grandes entidades-componentes que dão a estrutura conceitual dessa forma de Estado. Sem os mesmos, não poderá haver federação, independentemente dos nomes que recebem: Estados, no Brasil, Estados Unidos e Venezuela; províncias na Argentina, Canada; Cartões, na Suíça; [...]. O que caracteriza não é o nome, mas a autonomia.

Ponto fulcral para estabelecer o que é um Estado-membro, como se vê, é a autonomia que possui, quer dizer, não importa o nome que é chamado ou estabelecido por determinada nação, à vista de que a nominativa é bastante diversificada pelos países que adotam o federalismo.

Como corolário lógico, os Municípios também são entidades cruciais componentes deste sistema, haja vista o estabelecido no artigo 30 da Constituição Federal, que com veracidade nomina as competências e atribuições deste ente que auxilia na organização jurídico administrativa do Estado.

Quanto aos Municípios, enquanto integrantes do sistema federativo, Ramos (2013, p. 87), leciona:

Embora a Constituição de 1988 tenha consagrado a tese de que o Município brasileiro é integrante e necessário ao nosso sistema federativo como “entidade de terceiro grau”, existem opiniões contrárias, pelas quais não basta a autonomia político-constitucional para que necessariamente integre o conceito de entidade federativa. Afirmam que não existe federação de Municípios, estes assumiriam a natureza de Estados-Membros.

O aludido autor defende que poderia haver Senados estaduais para elucidar a controversa, assim como existe nos Estados Unidos, embora entenda pela desnecessidade. No que pertine à divisão territorial, afirma que o Brasil não deixa de ser um Estado com os seus elementos porque está repartido em Estados-Membros” (2013, p. 88).

Desta forma, verifica-se que a redemocratização, realizada pela Constituição de 1988, redefiniu os parâmetros basilares a concretizar o federalismo contemporâneo, assim como defendem Bolonha, Liziero e Sepulveda (2019, p. 22):

[...] com a Constituição de 1988, existe a possibilidade de renovação das estruturas federais no Brasil, com sua ênfase na cooperação federativa e na superação das desigualdades regionais. Uma das peculiaridades da Constituição de 1988 foi justamente a inclusão dos Municípios como componentes da Federação. Até 1988, todas as nossas constituições outorgavam governo próprio e competência exclusiva aos Municípios no tocante à sua autonomia, remetendo aos Estados o poder de criar e organizar os Municípios, desde que respeitassem a autonomia assegurada constitucionalmente (por mais que, como vimos, na prática não ocorresse bem assim).

À vista disso, deve-se levar em conta que a cooperação e renovação do sistema organizacional dos Estados da federação possibilitaram a inclusão dos Municípios a gerenciar o sistema político administrativos da sociedade, à exemplo disso é a elaboração da própria lei orgânica de cada ente municipal, com previsão no artigo 29 da Constituição Federal.

Nesse aspecto, a lição de Bolonha, Liziero e Sepulveda (2019, p. 23):

Dentre as complexas relações de interdependência entre a União e os entes federados, no federalismo cooperativo, devemos destacar a política de coordenação. A coordenação é, na realidade, um modo de atribuição e exercício conjunto de competências no qual os vários integrantes da Federação possuem certo grau de participação. A vontade das partes é livre e igual, com a manutenção integral de suas competências: os entes federados sempre podem atuar de maneira isolada ou autônoma.

Como se vislumbra, a Constituição de 1988, assim classificada dentro dos parâmetros do federalismo cooperativo, tido como aquele que atribui tarefas de coordenação aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal, convalida que cada ente federado deve se adaptar às

necessidades específicas, de maneira a integralizar os seus interesses, desde que em obediência ao que a própria Carta Magna outorga.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Com efeito, o Constitucionalismo latino-americano deriva, por excelência, em especial em sua última fase, da remodelação das Constituições do Equador e da Bolívia, países da América Latina. Esta reformulação constituinte tem sido integralizada entre a doutrina como algo novo, que ressurgiu como fruto de reivindicações sociais de décadas.

Neste passo, quanto ao estudo e surgimento, lecionam Leite Garcia, Pilau e Marquês Júnior (2011. p. 141-183):

Desta forma, podem-se destacar aqui cinco novidades no Novo Constitucionalismo Democrático Latino-Americano: primeira, nova forma de exercício do Poder Constituinte superando a tradicional de cunho liberal; segunda, nova forma de democracia com ampla participação popular a partir da chamada democracia participativa e da introdução de novos mecanismos políticos de controle do parlamento; terceira, introdução de uma visão pluralista do Direito com a inclusão de outras jurisdições como a indígena; quarta, preocupação com a superação de uma cidadania meramente formal com a introdução de uma verdadeira e substancial democracia social que tem como objetivo diminuir as desigualdades sociais; e por último e em quinto lugar a mudança de paradigma do novo constitucionalismo no que se refere ao tratamento jurídico do meio ambiente no qual também deverá incluir uma jurisdição transnacional.

Como se denota, as modulações intrínsecas naquelas Constituições são classificadas como inserção do exercício do Poder Constituinte, da participação popular, dos direitos plurais, da democracia social e do tratamento diferenciado ao meio ambiente, cujas garantias trazem a lume o interesse do povo que lá habita.

Neste ponto, os interesses dos povos andinos e indígenas se concretizam e se constitucionalizam, isso porque o pluralismo jurídico trouxe à tona a garantia daqueles povos a participarem de forma efetiva ao processo de construção parlamentar Estatal, entre outros direitos que se consolidaram. Afirma Marina Vitório Alves (2012, p. 133):

A título exemplificativo, veja-se a Constituição da Bolívia (2009), em que há tratamento do direito indígena em 80 dos 411 artigos. Ressalta-se os seguintes direitos: cotas para parlamentares que sejam oriundos dos povos indígenas; garantia de propriedade exclusiva da terra, recursos hídricos e florestais pelas comunidades indígenas; equivalência entre justiça indígena e justiça comum.

A promulgação de Constituição que reconhece a origem do povo que construiu os primórdios de determinado território, estabelecendo a efetiva cidadania participativa, cria novos horizontes representativos com o fito de almejar o equilíbrio de poderes e povos, já que incluído cota de representatividade dos indígenas.

Deveras, o caráter de cunho plural da Constituição da Bolívia, entranhada nos princípios éticos e morais, estabelece em seu artigo oitavo:

8. I. El Estado asume y promueve como principios ético-morales de la sociedad plural: ama qhilla, ama llulla, ama suwa (no seas flojo, no seas mentiroso ni seas ladrón), suma qamaña (vivir bien), ñandereko (vida armoniosa), teko kavi (vida buena), ivi maraei (tierra sin mal) y qhapaj ñan (camino o vida noble). II. El Estado se sustenta en los valores de unidad, igualdad, inclusión, dignidad, libertad, solidaridad, reciprocidad, respeto, complementariedad, armonía, transparencia, equilibrio, igualdad de oportunidades, equidad social y de género en la participación, bienestar común, responsabilidad, justicia social, distribución y redistribución de los productos y bienes sociales, para vivir bien.

Como se observa, os valores emanados da Constituição boliviana estabelecem princípios norteadores daquele Estado hábil a enfrentar o poder colonial com suplicas a igualdade, inclusão, dignidade, liberdade, solidariedade, reciprocidade, equidade social e de gênero, justiça social, entre outros, mas com uma única finalidade para o “viver bem”.

E é justamente o estado do bem viver que harmoniza a relação dos povos com solidariedade e eficiência, assim como assevera Acosta (2016, p. 27), pois “o Bem Viver aposta em um futuro diferente, que não se conquistará com discursos radicais carentes de propostas. É necessário construir relações de produção, de intercâmbio e de cooperação que propiciem suficiência”.

Com efeito, assumir o controle das próprias vidas, no descompasso de propósitos que não da vida regrada a produtividade saudável é, efetivamente, o ponto fulcral da novo Constitucionalismo latino-americano.

Ademais, o olhar a questão ambiental é visto como avanço importante no novo constitucionalismo, mormente por reconhecer a natureza como sujeito de direito.

Destaca-se a amplitude ideológica da defesa do direito a natureza e, portanto, a um meio ambiente equilibrado, traçando conteúdo que amplifica a proteção privilegiada dos direitos difusos – próprio do meio ambiente.

Por isso, o positivado pela Constituição do Equador – Pachamama, por exemplo, colaciona a natureza como sujeito de direito, assim como leciona Furlanetto (2014, p.102), pois entende que “a novidade mais marcante da Constituição do Equador de 2008 é a atribuição de direitos à natureza. Enquanto nenhum outro país em sua Constituição atribui personalidade jurídica à Pachamama”.

Salienta-se, ainda, outra importante característica, a do pluralismo jurídico, que para José Luiz Quadros de Magalhães (2012, p. 105), é o fenômeno da existência em uma mesma nação de mais de um sistema jurídico vigente, sendo a principal inovação trazida pelo Estado plurinacional.

Assim, o pluralismo jurídico possui como objetivo a democracia baseada no Estado que dá acesso ao povo as decisões do Estado, garantindo acesso plural de forma clara e igualitária a todos os cidadãos, bem como reconhece novas formas de representação política estatal aos povos indígenas, sendo que na Bolívia, estes colidem com o poder legislativo, executivo e judiciário. (FAJARDO, 2011).

Deste modo, observa-se que além do caráter de pluralidade de direitos, de democracia social e da defesa ambiental, o novo constitucionalismo latino-americano, conforme defende Diego Bacha e Silva (2020, p. 09), é “um movimento de transformação social de sociedades desiguais que exigem uma decolonialidade e uma perspectiva plural das instituições e do cenário político, social, econômico e jurídico”.

Além disso, no que tange ao constitucionalismo plurinacional (2006 a 2009), Bolívia e Equador se alicerçam a Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas, os quais se consolidam como culturas diversas, sobretudo a fim de garantir que estes participem efetivamente dos poderes do Estado, decidindo por si e concretizando seus interesses. (FAJARDO, 2011).

Com o advento destas novas Constituições, houve efetiva alteração do federalismo clássico, passando a existir instâncias políticas próprias e autônomas, como assevera Fajardo (2011, p. 171):

Por fim, o novo constitucionalismo latino-americano decorre da necessidade e realidade histórico-cultural de cada país, à vista também do processo de descolonização, de modo a obedecer à soberania popular e a diversidade cultural, objetivando o Bem Viver.

3. A ORGANIZAÇÃO DO ESTADO DA BOLÍVIA E DO EQUADOR À LUZ DE SUAS CONSTITUIÇÕES

Como visto anteriormente, as Constituições da Bolívia e do Equador formatam a última fase do chamado Constitucionalismo latino-americano, de modo que a do Equador foi promulgada no ano de 2008, tendo o preâmbulo assim descrito quanto a descrição de sua construção em caráter decisório:

Decidimos construir Una nueva forma de convivencia ciudadana, en diversidad y armonía con la naturaleza, para alcanzar el buen vivir, el sumak kawsay; Una sociedad que respeta, en todas sus dimensiones, la dignidad de las personas y las colectividades; Un país democrático, comprometido con la integración latinoamericana -sueño de Bolívar y Alfaro-, la paz y la solidaridad con todos los pueblos de la tierra; y, En ejercicio de nuestra soberanía, en Ciudad Alfaro, Montecristi, provincia de Manabí, nos damos la presente.

Em verdade, os efeitos da decolonização está intrínseco ao interesse do povo andino na reforma da Constituinte, sobretudo a fim de referendar na Carta Magna os direitos e interesses que foram rechaçados ao longo de anos, construindo de forma efetiva a integração da soberania dos povos, devidamente unido pela coletividade e diversidade cultural.

Por outro lado, a Constituição da Bolívia, promulgada no ano de 2009, delimita em seu preâmbulo o desejo do povo:

Dejamos en el pasado el Estado colonial, republicano y neoliberal. Asumimos el reto histórico de construir colectivamente el Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, que integra y articula los propósitos de avanzar hacia una Bolivia democrática, productiva, portadora e inspiradora de la paz, comprometida con el desarrollo integral y con la libre determinación de los pueblos. Nosotros, mujeres y hombres, a través de la Asamblea Constituyente y con el poder originario del pueblo, manifestamos nuestro compromiso con la unidad e integridad del país. Cumpliendo el mandato de nuestros pueblos, con la fortaleza de nuestra Pachamama y gracias a Dios, refundamos Bolivia. Honor y gloria a los mártires de la gesta constituyente y liberadora, que han hecho posible esta nueva historia.

Com efeito, o desejo de um Estado colonial, republicano e neoliberal são premissas sedimentadas no preâmbulo da Constituição boliviana, a qual determina que a democracia, o estado plurinacional, a produção da paz, o compromisso com a integridade e unidade do povo possui, ao final, o fito de fortalecer e resguardar os interesses da Pachamama - Mãe Terra.

Neste sentido, importa transcrever o que diz a terceira parte da Constituição da Bolívia quanto à estrutura e organização territorial, especificamente os artigos 269 e 270.

A organização política e administrativa do país se organiza por departamentos, províncias, municípios e territórios indígenas e campesinos, de modo que as delimitações territoriais fornecem subsídios para autonomia e organização descentralizada do Poder, obedecendo-se uma série de princípios e valores taxativos trazidos pela Constituição.

Por pressuposto, a organização e administração dos recursos econômicos, estão assim previstos nos artigos 271 a 272 da Constituição boliviana.

Incontrovertida a necessidade de elaboração dos chamados estatutos autônomos e cartas orgânicas para organização das políticas das províncias e municípios, o que enseja a organização descentralizada do Poder, promovendo-se autonomia pelos votos da Assembleia Legislativa Plurinacional.

O sistema eleitoral, por sua vez, é feito por eleição direta pelos cidadãos, decorrendo daí a autonomia para administração dos recursos econômicos e exercício dos poderes legislativos, regulamentar, fiscalizador e executivo, trazendo-se à tona a independência de competências de poderes.

Além disso, a referida Constituição divide o sistema organizacional pela chamada autonomia departamental, conforme artigo 277: “El gobierno autónomo departamental está constituido por una Asamblea Departamental, con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa departamental en el ámbito de sus competencias y por un órgano ejecutivo.

Ademais, a autonomia municipal, estabelecida no artigo 283 tem como pressuposto “el gobierno autónomo municipal está constituido por un Concejo Municipal con facultad deliberativa, fiscalizadora y legislativa municipal en el ámbito de sus competencias; y un órgano ejecutivo, presidido por la Alcaldesa o el Alcalde”.

No mais, em razão do interesse indígena e campesino inerente a Constituição, esta é pontual ao criar autonomia destes povos, pois estabelece no artigo 289 que:

La autonomía indígena originaria campesina consiste en el autogobierno como ejercicio de la libre determinación de las naciones y los pueblos indígena originario campesinos, cuya población comparte territorio, cultura, historia, lenguas, y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias”.

Neste passo, assevera Nobrega (2018, p. 173), que “os direitos os direitos à autonomia e à livre determinação asseguram aos povos indígenas o autogoverno e a autogestão nas questões internas relacionadas ao seu território e à produção da vida comunitária, devendo ser respeitados pelo Estado”, tornando-se, portanto, efetiva a concepção de equidade.

Como se observa, existem na Constituição Boliviana quatro capítulos discriminando com veemência o que se intitula “autonomia”, a iniciar por departamental, regional, municipal e indígena / campesina, o que comprova a organização administrativa e política pelo interesse plural dos povos, respeitando-se a todos, bem como suas individualidades culturais e étnicas.

Por fim, o capítulo oitavo da Carta Magna da Bolívia estabelece competências concorrentes, privativas, exclusivas e compartilhadas, definidas para o nível central do Estado e às entidades territoriais autônomas, conforme competência de cada departamento, região, município e autonomia indígena / campesina, desde que dentro de sua jurisdição.

No que tange a Constituição do Equador, que também faz parte do chamado Constitucionalismo latino-americano, a mesma direciona a organização territorial do Estado, no capítulo cinco, artigo 242: “El Estado se organiza territorialmente en regiones, provincias, cantones y parroquias rurales. Por razones de conservación ambiental, étnico-culturales o de población podrán constituirse regímenes especiales”.

Como se denota, a organização estatal se dá por regiões, províncias, cantões e paróquias rurais, de modo que estas podem se agrupar e formar macrocomunidades, com o objetivo de melhorar a gestão e a competência de sua gestão, estrutura e administração, assim como delimita o artigo 243 da Carta Magna equatoriana: “dos o más regiones, provincias, cantones o

parroquias contiguas podrán agruparse y formar mancomunidades, con la finalidad de mejorar la gestión de sus competencias y favorecer sus procesos de integración”

Deveras, o capítulo quarto da Constituição mencionada trata sobre as competências e seus regimes, assim como delimita o artigo 260: El ejercicio de las competencias exclusivas no excluirá el ejercicio concurrente de la gestión en la prestación de servicios públicos y actividades de colaboración y complementariedad entre los distintos niveles de gobierno”.

Portanto, a organização de competências, incluindo-se a política ou administrativa, se dá conforme a distribuição descentralizada pelo (i) estado central; (ii) governos regionais autônomos; (iii) governos das províncias; (iv) governos municipais; (v) governos dos distritos; (vi) governo das paróquias; assim como disposto nos artigos 261 a 269 da Constituição do Equador.

Ademais, no capítulo quinto, artigos 270 e 271, da Constituição, há referência expressa sobre a autonomia econômica dos órgãos de governo.

Os recursos econômicos são transferidos anualmente da conta única do tesouro nacional para os governos autônomos descentralizados, a fim de que façam a gerencia dos recursos financeiros disponibilizados pelo Estado Central, o que se dá no percentual máximo de 15% (quinze por cento), a no mínimo de 5% (cinco por cento), do que auferir o Governo Central.

Por sua vez, o artigo 271 da Constituição do Equador delimita as condições de distribuição dos recursos econômicos aos governos autônomos descentralizados, elencando critérios específicos, assim considerado pelo tamanho e densidade da população, necessidades básicas não satisfeitas, questões fiscais e administrativas, entre outras.

Diante disso tudo, observa-se que o sistema administrativo e político do Equador, assim referendado na Constituição, confere autonomia aos chamados governos descentralizados, mormente por subsidia-los com recursos financeiros a fim de que possibilitem o desenvolvimento das regiões de suas jurisdições, promovendo e garantindo as garantias fundamentais previstas na Constituição.

Por fim, no entendimento de Nobrega (2018, p. 171), a Constituição boliviana de 2009 altera “a forma de federalismo clássico que organizou os estados nacionais latino-americanos, inserindo outras instâncias políticas diferenciadas, como os territórios indígenas autônomos”, cujo rompimento elucida as ideais de unidade e uniformidade, à vista da multiplicidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo se perfaz importante, posto que referenda dispositivo consagrado, inicialmente, pela Constituição Federal do Brasil de 1988, que teve como premissa a inclusão do federalismo já no seu preâmbulo, o que concedeu autonomia financeira, organizacional, política e econômica aos demais entes da federação, a saber, Estados, Municípios e Distrito Federal.

O novel constitucionalismo latino-americano, especialmente com ênfase nas Constituições do Equador e da Bolívia, mais recentemente nos anos de 2008 e 2009, o que deu novos entornos à vida dos povos andinos, sobretudo por concretizar o acesso a direitos dos povos campestres e indígenas no processo democrático a fim de salvaguardar seus interesses, em especial ao chamado “Bem Viver”.

Com efeito, o sistema organizacional de competências que concede autonomia aos demais entes que compõem a nação da Bolívia e do Equador, por meio das Constituições, são semelhantes ao que se refere a Constituição brasileira, não em sua essência, pois a última fase do novo constitucionalismo latino-americano é clara quanto a seus valores, assim como a Constituição brasileira, mas, especificamente, na forma como o repasse financeiro se dá.

De certa forma, pode-se dizer o momento mais recente constitucionalismo latino-americano alterou de forma efêmera o federalismo clássico, à vista de que a inclusão de autonomia a povos indígenas e campestres, seja em regiões, províncias, cantões, departamentos ou paróquias, criou base própria a estes cidadãos, o que não ocorre, por exemplo, na Constituição do Brasil.

O que há de comum, no entanto, é a descentralização nas Constituições, porquanto todas elas dão autonomia política, financeira e administrativa a seus governos locais e regionais ou outros, embora condicionem competências a cada um deles, o que é necessário a fim de resguardar os valores e interesses comuns de cada grupo (local ou regional), seja ele indígena ou não, concretizando um estado plurinacional no combate às diferenças sociais e econômicas.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto. **O bem viver: uma oportunidade para imaginar outros mundos**. São Paulo: Autonomia Literária, Elefante, 2016.

ALVES, Marina Vítório. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalismo latino-americano: características e distinções**. Ver. SJRJ, Rio de Janeiro, v.19, n. 34, 2012.

BOLÍVIA, **Constituição**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>, acesso em 29 de janeiro de 2022.

BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPULVEDA, Antonio (Orgs.) **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2019.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília/DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 29 de janeiro de 2022.

EQUADOR, **Constituição**. Disponível em: <
https://siteal.iiep.unesco.org/sites/default/files/sit_accion_files/siteal_ecuador_6002.pdf>. Acesso em 29 de janeiro de 2022

FAJARDO, Raquel Z., **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI** // coordenado por César Rodríguez Garavito - 1ª ed. - Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011.

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.

GARCIA, Marcos Leite. **“Novos” Direitos Fundamentais, transnacionalidade: 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.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **O estado plurinacional e o direito internacional moderno**. Curitiba: Juruá, 2012.

NOBREGA, Luciana Nogueira. **Estado e autonomias indígenas na Nova Constituição da Bolívia**. Disponível em: <file:///C:/Users/Ivanio/Downloads/261-Texto%20do%20artigo-3251-2-10-20190319.pdf>. Acesso em 03 de fevereiro de 2021.

RAMOS, Dirceo Torrecillas. **O Federalista Atual. Teoria do Federalismo**. Belo Horizonte: Araaes, 2013.

REZENDE, Fernando. **O Federalismo brasileiro em seu labirinto. Crises e necessidades de reformas**. 1ª ed. São Paulo: FGV Editora, 2013.

SILVA, Diogo Bacha. **Desconstruindo o novo constitucionalismo latino-americano: o tribunal constitucional plurinacional e a jurisdição constitucional de colonial**. Belo Horizonte: Conhecimento Editora, 2020.

MAUS TRATOS AOS ANIMAIS: UM CRIME AMBIENTAL

MISTREATMENT TO ANIMALS: AN ENVIRONMENTAL CRIME

Aline Hoffmann¹

Liton Lanes Pilau Sobrinho²

RESUMO

Historicamente os seres humanos sempre possuíam relação com os animais. Com o passar dos anos essa relação vem sendo cada vez mais próxima, pois os animais principalmente os domésticos acabaram fazendo parte da vida e da família da maioria das pessoas. Ocorre que infelizmente cada vez mais animais estão sendo abandonados e sofrendo de maus tratos, pois uma parte da população acaba se arrependendo por vários motivos, sejam eles financeiros, falta de tempo ou covardia e terminam cometendo crimes ambientais com muita frequência. Os resultados são visíveis em todos lugares, animais abandonados, torturados e famintos, ou na grande maioria presos em várias residências em ambientes insalubres, como se estivessem em verdadeiros cativeiros. O artigo tem a finalidade de estudar e refletir acerca desses crimes e observar a eficácia das Leis de crimes ambientais na tutela dos animais no Brasil. O método de investigação é o dedutivo baseado em obras e legislações.

PALAVRAS-CHAVE: Animais. Crime Ambiental. Crueldade. Legislação Ambiental. Maus Tratos.

ABSTRACT

Historically, human beings have always had a relationship with animals. Over the years, this relationship has been closer and closer, as animals, especially domestic ones, have become part of most people's lives and families. It happens that unfortunately more and more animals are being abandoned and suffering from mistreatment, as a part of the population ends up regretting it for various reasons, whether financial, lack of time or cowardice and end up committing environmental crimes very often. The result is visible everywhere, abandoned, tortured and

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Alicante - UA – Espanha. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF). Graduada em Pedagogia pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2009). Especialista em Orientação Educacional pela Universidade de Passo Fundo - RS (UPF 2014). Integrante e pesquisadora do Grupo de Pesquisa do PPGD da Universidade de Passo Fundo - RS - UPF - "Jurisdição Constitucional e Democracia". E-mail: 70329@upf.br

² Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; Pós-doutor em Direito pela Universidade de Sevilha – US; 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 PPGD da Universidade de Passo Fundo. E-mail: liton@upf.br

starving animals, or the vast majority trapped in several residences in unhealthy environments, as if they were in real captivity. The article aims to study and reflect on these crimes and observe the effectiveness of environmental crimes laws in the protection of animals in Brazil. The research method is deductive based on works and legislation.

KEYWORDS: Animals. Environmental Crime. Cruelty. Environmental legislation. Mistreatment.

INTRODUÇÃO

Uma parte da sociedade atual vem há tempos admitindo ou relativizando a violência contra os animais, prova disso é que todos os dias milhares de animais sofrem de abusos, maus tratos e abandono. As ONGS já não dão conta de tantos animais resgatados, e apelam pedindo ajuda em canais de comunicação e mídias sociais, para suporte financeiro e adoção responsável.

Durante a pandemia estes números aumentaram consideravelmente, e em 2020 subiu para 70% o número de cães e gatos resgatados³. Estes animais vêm para as Ongs de diversas formas, ações da polícia, denúncias, redes sociais ou até mesmo deixados nas portas dos abrigos espalhados pelo Brasil. Para a OMS a estimativa é que 30 milhões de gatos e cães vivam em situação de abandono no país.⁴

Esse tipo de crime ambiental vem se tornando frequente, pois os seres humanos tratam os animais como “coisa” e descartam seus pets como se estes fossem objetos. A problemática é além do sofrimento de maus tratos e abandono, mas também para a sociedade como um todo. Quando os animais são abandonados por diversos motivos, estes podem trazer diversos problemas para a população, pois quanto maior o número de pets abandonados em ruas e rodovias maior são os casos de doenças zoonoses em animais e em seres humanos, que é um problema de saúde pública, pois há proliferação de muitas doenças.

Infelizmente o abandono e os maus tratos aos animais tem se tornado rotineiro, as pessoas cometem atos de violência por vários motivos que envolvem ganancia, aspectos culturais, sociais e psicológicos, sendo muitas vezes praticado com e sem a consciência de que tal ato é prejudicial, e muitas vezes ficam impunes a estes crimes por falta de denúncias ou até mesmo de conscientização e educação da população da configuração de crime ambiental e que este sim pode e deve ser punido.

³ FERREIRA, Catarina. Número de animais abandonados cresce, mas adoção não acompanha. **Folha de São Paulo**. 27 de agosto, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/numero-de-animais-abandonados-cresce-mas-adocao-nao-acompanha.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁴ FERREIRA, Catarina. Número de animais abandonados cresce, mas adoção não acompanha. **Folha de São Paulo**. 27 de agosto, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/numero-de-animais-abandonados-cresce-mas-adocao-nao-acompanha.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

O tema Maus tratos aos animais é muito relevante e preocupante, pois falta uma conscientização por parte da sociedade para que se tenha empatia com os animais, pois não há ética, humanidade e piedade em tais atitudes, pelo contrário são cruéis e perversas, sejam quais forem os motivos para tal prática. Nesse sentido o artigo propõe uma reflexão acerca da legislação brasileira na questão dos maus tratos, abusos e abandono aos animais, suas punições e meios para amenizar tal sofrimento.

1. A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A nossa Magna carta prevê que é dever do Poder Público a proteção da fauna, com a vedação de práticas que “provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais à crueldade⁵”

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

I - Preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - Preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e

fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus

componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que

comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - Exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - Controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - Promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a

conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.⁶

⁵ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

Toledo⁷ afirma que o art. 225 § 1º, VII, é que os animais, quais sejam os silvestres e domésticos, tem proteção com finalidades diferentes, no caso dos silvestres, o objetivo é protegê-los das capturas e comercializações, enquanto que os animais domésticos, trata-se de preservá-los contra atos cruéis e abandonos.

Acontece que cada vez mais existem crueldades e maus tratos para com os animais, tornando cada vez mais difícil aplicar as normas e que as mesmas sejam efetivas.

Importante mencionar que anteriormente a Constituição Federal de 1988 não havia uma preocupação com o meio ambiente e posteriormente com os animais, a Magna Carta dedica um capítulo inteiro ao meio ambiente, portanto para o Direito Ambiental brasileiro foi um marco divisório. O texto constitucional de 1988 confirmou a tendência mundial de carinho com as questões relacionadas ao meio ambiente.

A Declaração da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura-UNESCO de proteção aos animais, proclamada no dia 27 de janeiro no ano de 1978, subscrita entre outros países pelo Brasil, prescreve:

Artigo 1º: Todos os animais nascem iguais diante da vida, e têm o mesmo direito à existência. Artigo 2º: a) Cada animal tem direito ao respeito. b) O homem, enquanto espécie animal, não pode atribuir-se o direito de exterminar os outros animais, ou explorá-los, violando esse direito. Ele tem o dever de colocar a sua consciência a serviço dos outros animais. c) Cada animal tem direito à consideração, à cura e à proteção do homem. Artigo 3º: a) Nenhum animal será submetido a maus-tratos e a atos cruéis. b) Se a morte de um animal é necessária, deve ser instantânea, sem dor ou angústia. Artigo 4º: a) Cada animal que pertence a uma espécie selvagem tem o direito de viver livre no seu ambiente natural terrestre, aéreo e aquático, e tem o direito de reproduzir-se. b) A privação da liberdade, ainda que para fins educativos, é contrária a este direito. Artigo 5º: a) Cada animal pertencente a uma espécie, que vive habitualmente no ambiente do homem, tem o direito de viver e crescer segundo o ritmo e as condições de vida e de liberdade que são próprias de sua espécie.

b) Toda a modificação imposta pelo homem para fins mercantis é contrária a esse direito. Artigo 6º: a) Cada animal que o homem escolher para companheiro tem o direito a uma duração de vida conforme sua longevidade natural b) O abandono de um animal é um ato cruel e degradante. Artigo 7º: Cada animal que trabalha tem o direito a uma razoável limitação do tempo e intensidade do trabalho, e a uma alimentação adequada e ao repouso. Artigo 8º: a) A experimentação animal, que implica em sofrimento físico, é incompatível com os direitos do animal, quer seja uma experiência médica, científica, comercial ou qualquer outra. b) As técnicas substantivas devem ser utilizadas e desenvolvidas. Artigo 9º: Nenhum animal deve ser criado para servir de alimentação, deve ser nutrido, alojado, transportado e abatido em que para ele tenha ansiedade ou dor. Artigo 10º: Nenhum animal deve ser usado para divertimento do homem. A exibição dos animais e os espetáculos que utilizem animais são incompatíveis com a dignidade do animal. Artigo 11º: O ato que leva à morte de um animal sem necessidade é um biocídio, ou seja, um crime contra a vida. Artigo 12º: a) Cada ato que leve à morte um grande número de animais selvagens é um genocídio, ou seja, um delito contra a espécie. b) O aniquilamento e a destruição do meio ambiente natural

⁷ TOLEDO, Mabel Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 7, n. 11, jul./dez., p. 197-223, 2013, p. 201. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426>. Acesso em: 24 nov. 2022.

levam ao genocídio. Artigo 13º: a) O animal morto deve ser tratado com respeito. b) As cenas de violência de que os animais são vítimas, devem ser proibidas no cinema e na televisão, a menos que tenham como fim mostrar um atentado aos direitos dos animais. Artigo 14º: a) As associações de proteção e de salvaguarda dos animais devem ser representadas a nível de governo. b) Os direitos dos animais devem ser defendidos por leis, como os direitos dos homens.⁸

Diante da análise e reflexão acerca da declaração da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura-UNESCO de proteção aos animais, pode-se afirmar que as diversas formas de abuso e crueldade são condenáveis, pois de fato causam dor para os animais, o documento afirma a compreensão que todos os animais possuem direito a uma vida digna e a sociedade deve proteger e cuidar, pois os animais tem direito de igualdade.

A lei nº 9.605 de 12 de Fevereiro de 1998, conhecida por “Lei de Crimes Ambientais”, dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências, regula os crimes, contra os animais no artigo 32:

Art. 32. Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos:

Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa.

§ 1º Incorre nas mesmas penas quem realiza experiência dolorosa ou cruel em animal vivo, ainda que para fins didáticos ou científicos, quando existirem recursos alternativos.

§ 1º-A Quando se tratar de cão ou gato, a pena para as condutas descritas no caput deste artigo será de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, multa e proibição da guarda. (Incluído pela Lei nº 14.064, de 2020)

§ 2º A pena é aumentada de um sexto a um terço, se ocorre morte do animal.⁹

A referida Lei trouxe proteção maior aos animais, embora haja muitas críticas e lacunas na legislação por não ser clara e taxativa sobre as punições, os termos são abertos, sendo difícil extrair situações definidas e resolvidas.

2. ABUSO E MAUS TRATOS

Os atos de crueldade e maus tratos para com os animais, já vem há tempos fazendo parte do cotidiano dos seres humanos, pois cada vez mais as pessoas abusam do bem estar dos animais, como se estes fossem objetos, sem respeito e solidariedade sempre prevalecendo às vontades e necessidades do homem, colocar os animais como coisa ou abjeto é o resultado de

⁸ UNESCO - Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais.** UNESCO-ONU. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversaldosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

⁹ BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

uma visão antropocêntrica, que significa que o homem é o centro do universo, e como os animais não são humanos são tratados como coisa. Nesse sentido, Medeiros explica que:

O antropocentrismo está calcado na visão de que os animais humanos pertencem a uma categoria especial, pois parte do pressuposto de que a vida humana possui um valor singular, ao passo que as vidas não-humanas, ou seus estados, tem (pouco ou) nenhum valor moral, sendo considerados (pouco ou) nada mais que bens, propriedades ou recursos para a humanidade.¹⁰

O Código Civil de 2002 em seu artigo 1228, prevê que os animais estão no rol de direitos reais e consequentemente como propriedade do homem:

Art. 1228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha”.¹¹

Importante mencionar que tanto o homem como os animais são iguais perante a sensibilidade, dores e sofrimentos físicos e psíquicos, os animais sentem e tem plena consciência da maneira que são criados, ou seja pela falta de higiene, sofrimento, maus tratos ou seja pelas condições insalubres que vivem, assim como sentem tristeza e alegria, isso tudo comprovado cientificamente.¹²

Os maus-tratos já vem sendo combatidos pelo ordenamento jurídico brasileiro há algum tempo, sendo tais atos considerados ilícitos desde a edição do Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934, configurando crime ambiental a prática de atos de abuso, maus-tratos, lesivos à integridade corporal ou mutiladores de animais, sendo todos esses seres protegidos pelo Estado.¹³

Existem muitas práticas que configuram violência contra os animais como: rinhas de galos, farra do boi, carreira de boi cangado, animais utilizados para o trabalho exaustivo, touradas, vaquejadas, rodeios e inclusive os animais que são sacrificados para utilização de oferendas religiosas. Práticas que são consideradas como sofrimentos aos animais configuram crimes e estão previstos no (art. 32 Lei n. 9.605/98) e (art. 7º, I a III da Lei n. 10.519/2002), independentemente da responsabilidade civil, que é objetiva. Acontece que os animais domésticos também estão inclusos cada vez mais no rol de sofrimento por abuso e maus tratos pelo homem.

¹⁰ MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direitos dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 35.

¹¹ CÓDIGO CIVIL. **Código Civil e normas correlatas**. 5. ed. Brasília: Senado Federal/Coordenação de Edições Técnicas, 2014. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/506294/codigo_civil_5ed.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

¹² INSTITUTO CERTIFIED HUMANE BRASIL. **Os animais sentem, sim: eles têm emoções, dores e prazer**. Disponível em: <https://certifiedhumanebrasil.org/os-animais-sentem-sim-eles-tem-emocoes-dores-e-prazer/>. Acesso em: 25 out. 2022.

¹³ BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. **Legislação Informatizada**, Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 out. 2022.

Os seres humanos cada vez mais buscam sua satisfação pessoal, deixando de lado a solidariedade, responsabilidade, ética e a empatia para com o meio ambiente, tornando-se aceitável o abandono dos animais quando estes não suprem mais suas necessidades fazendo um descarte como se fosse lixo, causando sofrimento e dor aos bichos. Quando se trata de abandono, a população precisa ter conhecimento de que estes animais causam muitos acidentes, principalmente em rodovias, consequentemente os animais perdem a vida, mas os seres humanos também, pois na maioria das vezes nem conseguem frear o veículo em tempo. Sendo assim os tutores que abandonam seus animais nas ruas e rodovias os sujeitam a óbitos e tragédias com motoristas inocentes.

Não é necessário sair nas ruas, para ver a quantidade de animais que sofrem de maus tratos. Os noticiários e as redes sociais todos os dias mostram proprietários de animais que agridem covardemente, os criam em ambientes insalubres, com alimentação escassa, presos ou acorrentados em espaços sem total higiene.

É importante saber diferenciar maus tratos e abusos, pois ambos têm conceitos diferentes, o abuso é o excesso, exagero e maus tratos são atos, direto ou indireto, comissivo ou omissivo, que intencionalmente ou por negligência, imperícia ou imprudência, provoque dor ou sofrimento desnecessários aos animais".

Uma grande parte da sociedade aceita e relativiza os maus tratos para com os animais, é necessária uma educação ambiental referente essa problemática, seria uma das maneiras além da aplicação da Lei de Crime ambiental, uma reformulação no sistema de ensino, trazendo desde as séries iniciais uma educação ambiental que traga uma reforma de pensamento dos cidadãos para com os cuidados com o meio ambiente e os animais, visando à construção de um mundo mais justo, ético sem dor e sofrimento. O artigo 2º, da Lei nº 9.795, de 1999 prevê:

Art. 2º A educação ambiental é um componente essencial e permanente da educação nacional, devendo estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades do processo educativo, em caráter formal e não-formal¹⁴.

A educação ambiental, entra como uma das ferramentas importantes no processo de transformação dos cidadãos desde a infância, é através dela que se pode reformular os pensamentos e solucionar ou amenizar problemas como a "crueldade com os animais", para que não haja abusos, maus tratos e que se adote/compre com responsabilidades e consciência despertando a humanidade, solidariedade e ética.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a Educação Ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

A Educação Ambiental é um processo de aprendizagem lento e de longo prazo, mas está trazendo algumas mudanças na sociedade atual. “A educação ambiental deve ser vista como um processo de permanente aprendizagem que valoriza as diversas formas de conhecimento e forma cidadãos com consciência local e planetária.”¹⁵

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violência contra os animais é uma problemática que assola a nossa sociedade há muitos anos e deve ser combatida pelo estado e os seres humanos. Verificou-se através do artigo que embora a legislação brasileira possui lacunas e uma visão antropocêntrica, existe a preocupação com a proteção dos animais.

Importante salientar que, se vê a necessidade na reformulação da legislação brasileira, pois ainda existe a classificação jurídica aos animais como objeto, fazendo com que isso reforce o pensamento da população não enxergando os animais como seres e sim como coisa, não dando a devida importância aos crimes de maus tratos que cada vez aumenta mais na sociedade, portanto é necessária uma tutela maior que vise a proteção dos animais.

Os animais são seres sencientes, possuem sentimentos, sentem dor física e psíquica, assim como os seres humanos¹⁶, é urgente que cesse a violência contra os animais seja por dolo, imprudência ou negligência, precisa-se sensibilizar e conscientizar os seres humanos.

É necessária uma educação ambiental dentro das comunidades e escolas para que os animais não sejam vistos como objetos e como algo a satisfazer as necessidades dos seres humanos, como propriedade, que se usa, abusa e após o contentamento é descartado nas ruas como se fosse entulho. É através da educação que se transforma o pensamento dos cidadãos e principalmente da ciência aos seres humanos dos crimes ambientais e da gravidade da prática, encorajando toda a sociedade a estar vigilante a todo tempo denunciando esses crimes paradoxais.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 set. 2022.

¹⁵ JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, n. 118, p. 189-205, março, 2003, p. 198. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

¹⁶ LOW, Philip. **Declaração de Cambridge Sobre a Consciência**. Conferência sobre a Consciência em Animais Humanos e não Humanos, realizada no Churchill College da Universidade de Cambridge, 2012. Disponível em: <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2019/06/declaracao-de-cambridge-portugues.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

BRASIL. Lei n. 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1998. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.795, de 27 de abril de 1999. Dispõe sobre a Educação Ambiental, institui a Política Nacional de Educação Ambiental e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília: Senado Federal, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19795.htm. Acesso em: 25 out. 2022.

BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. **Legislação Informatizada**, Brasília-DF: Câmara dos Deputados, 1934. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24645-10-julho-1934-516837-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 30 out. 2022.

CÓDIGO CIVIL. **Código Civil e normas correlatas**. 5. ed. Brasília: Senado Federal/Coordenação de Edições Técnicas, 2014. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/506294/codigo_civil_5ed.pdf. Acesso em: 30 out. 2022.

FERREIRA, Catarina. Número de animais abandonados cresce, mas adoção não acompanha. **Folha de São Paulo**, 27 de agosto, 2022. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2022/08/numero-de-animais-abandonados-cresce-mas-adocao-nao-acompanha.shtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

INSTITUTO CERTIFIED HUMANE BRASIL. **Os animais sentem, sim: eles têm emoções, dores e prazer**. Disponível em: <https://certifiedhumanebrasil.org/os-animais-sentem-sim-eles-tem-emocoes-dores-e-prazer/>. Acesso em: 25 out. 2022.

JACOBI, Pedro. Educação Ambiental, Cidadania e Sustentabilidade. **Cadernos de Pesquisa**, n. 118, p. 189-205, março, 2003, p. 198. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/cp/n118/16834.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

LOW, Philip. **Declaração de Cambridge Sobre a Consciência**. Conferência sobre a Consciência em Animais Humanos e não Humanos, realizada no Churchill College da Universidade de Cambridge, 2012. Disponível em: <https://animaiscomdireitos.ufpr.br/wp-content/uploads/2019/06/declaracao-de-cambridge-portugues.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Direitos dos Animais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

TOLEDO, Mabel Izabel Vasco de. A tutela jurídica dos animais no Brasil e no direito comparado. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v. 7, n. 11, jul./dez., p. 197-223, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8426>. Acesso em: 24 nov. 2022.

UNESCO- Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. UNESCO- ONU. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 26 set. 2022.

MEIO AMBIENTE COMO SUJEITO DE DIREITO NA VERTENTE DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

ENVIRONMENT AS A SUBJECT OF LAW IN THE SENTENCE OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM

Luiza Boff Lorenzon

Marilaine Moreira de Jesus

RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar o meio ambiente como sujeito de direito na vertente do novo constitucionalismo latino-americano. O método utilizado nesta pesquisa foi o dedutivo, partindo-se de uma ideia geral para enfim abordar seus pontos específicos, baseando-se na leitura bibliográfica. Ao final deste estudo é possível verificar que as questões relacionadas ao direito a um meio ambiente saudável somente são consideradas quando envolvem outros direitos humanos. O novo constitucionalismo latino-americano, como um aprimoramento do constitucionalismo tradicional e do neoconstitucionalismo, traz uma acentuada valorização do direito das comunidades indígenas, um tratamento diferenciado para os animais e dando um papel de destaque para o meio ambiente, que foi alçado à condição de sujeito de direitos nas constituições do Equador e da Bolívia destacando-se nesse modelo.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente. Sujeito de Direito. Constitucionalismo Latino-Americano.

ABSTRACT

The present study aims to analyze the environment as a subject of law in the light of the new Latin American constitutionalism. The method used in this research was deductive, starting from a general idea to finally address its specific points, based on bibliographical reading. At the end of this study, it is possible to verify that issues related to the right to a healthy environment are only considered when they involve other human rights. The new Latin American constitutionalism, as an improvement of traditional constitutionalism and neoconstitutionalism, brings a sharp appreciation of the rights of indigenous communities, a differentiated treatment for animals and giving a prominent role to the environment, which was raised to the status of subject of rights in the constitutions of Ecuador and Bolivia, standing out in this model.

KEYWORDS: Environment. Subject of Law. Latin American Constitutionalism.

INTRODUÇÃO

Na visão moderna, o constitucionalismo é, a grosso modo, um movimento social, político e jurídico, cujo objetivo principal é limitar o poder do Estado, por meio de uma Constituição¹. Na contemporaneidade, ele recebe o nome de neoconstitucionalismo, surgindo após a Segunda Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, tendo como marco teórico a força normativa da Constituição.²

O neoconstitucionalismo inaugurou uma importante fase do constitucionalismo global, porque estabeleceu que a norma constitucional deve orientar toda a atividade jurídica, política e social de um Estado. Por outro lado, um dos mais recentes fenômenos jurídico-constitucionais ocorridos na América do Sul, denominado novo constitucionalismo latino-americano, demonstrou que não há como se definir o constitucionalismo de maneira universal, já que há diversos movimentos constitucionais adaptados à alma de cada nação, muito embora existam momentos de aproximação entre eles.

Assim, visando romper com o tradicional constitucionalismo europeu, esse movimento, que tem como ápice as Constituições do Equador e da Bolívia, cria estados plurinacionais (um Estado que comporta várias nações, absorvendo valores tradicionais dos diversos grupos sociais – étnicos e culturais), dando maior autonomia aos povos originários e estabelecendo um tratamento diferenciado à natureza, dentre outras características.

A partir disso, estudiosos do tema identificam uma discussão recente - e minoritária - sobre a titularidade de direitos fundamentais por outros seres vivos, que não os seres humanos, tais como fauna e flora. A exemplo, cita-se o artigo 71 da Constituição do Equador de 2008, a qual prevê expressamente que “a natureza ou Pacha Mama, onde a vida se reproduz, tem direito a que se respeitem integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos”.³ Igual caminho percorreu a Bolívia que, em 2009, também passou a reconhecer o meio ambiente como sujeito de direito.

Lado outro, a despeito de estar geograficamente localizado na América do Sul, é possível perceber que o Brasil se encontra ideologicamente mais alinhado ao pensamento constitucional europeu do que com a nova vertente do novo constitucionalismo latino-americano. Isso porque, por aqui, o meio ambiente conta com proteção constitucional (art. 225), mas enquanto objeto de direito, vale dizer, o meio ambiente deve ser preservado para garantir a sobrevivência humana -

¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 93

² HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

³ EQUADOR. Constituição (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito, 2008.

sendo considerado essencial à sadia qualidade de vida do homem - e não como sujeito de direito em si.

Partindo dessa constatação e tendo como norte o pluralismo jurídico, tem-se que a natureza (*Pachamama*⁴), caminha a passos largos para ser reconhecida como titular de direito nos demais países, a merecer proteção pela sua própria condição e não para servir ao homem, tendo em vista que na atual sociedade plural não é só o ser humano que possui direitos.

Diante do exposto, o presente estudo tem como objetivo final analisar o meio ambiente como sujeito de direito na vertente no novo constitucionalismo latino-americano. Como passagem, inicia-se traçando um paralelo entre o constitucionalismo e o neoconstitucionalismo, para no ponto seguinte abordar o constitucionalismo latino-americano.

1. DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO – BREVE EVOLUÇÃO

A doutrina costuma apontar que o constitucionalismo não se desenvolveu igualmente ao longo da História, tendo sofrido variação em praticamente todos os países e continentes. Por isso, há quem prefira a expressão “movimentos constitucionais”. José Joaquim Gomes Canotilho⁵ afirma que, a rigor, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos como, o inglês, o americano, o francês etc.

O mesmo autor reconhece o constitucionalismo como teoria ou ideologia. Segundo ele é, no fundo, uma teoria normativa da política, tal como a teoria da democracia ou a teoria do liberalismo. De todo modo, convém notar, desde logo, que a carta magna possui um relevante papel na proteção de direitos e garantias individuais, que ganharam maior concretização no Brasil, com a Constituição Federal de 1988 – CF/88.

O termo constitucionalismo refere-se, portanto, ao movimento político-jurídico-social que, além de servir como instrumento de limitação do poder estatal (antiabsolutismo), fez evoluir tanto o conceito de Constituição quanto o detentor do poder nos Estados. A referida evolução ocorreu a partir de dois âmbitos distintos: na Europa e nos Estados Unidos.

⁴ O termo *Pachamama* tem origem no termo PachaAchachi do idioma Kolla-suyu. O contato dos povos originários com outras culturas e, especialmente, com o catolicismo e o idioma espanhol, fez com que o termo incorporasse o vocábulo “mama”, possivelmente como uma referência a Nossa Senhora. O vocábulo “pacha”, que originariamente significava universo, mundo, tempo e lugar, passou a significar “terra”, enquanto “mama” refere-se à mãe. Assim, *Pachamama* representa a “terra merecedora de culto”, uma entidade divina protetora e onipresente, da qual todos os seres fazem parte. TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. ***Pachamama e o Direito à Vida***: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. *Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável*, Belo Horizonte, vol. 12, n.º 23, p. 313-335, out. 2015.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

Na Europa, o constitucionalismo teve início com a revolta dos burgueses, em que a burguesia detentora do poder econômico confronta com os Estados absolutos (poder político concentrado nas mãos do monarca). Nos Estados Unidos foi diverso o movimento, que decorreu dos processos revolucionários liberais. Destaca-se que os dois âmbitos concorreram para a formação da ideia atual de constituição.

Ferreira e Schier⁶ observam que o constitucionalismo calcado no positivismo não dava conta das novas constituições e do novo contexto histórico. Essa teoria do direito considerada formal, emanada do Estado e que elencava uma aproximação praticamente paralela entre o direito e a norma não solucionava as colisões. A necessidade de encontrar uma nova direção deu lugar a muitas reflexões, dando azo ao surgimento do pós-positivismo.

Pode-se perceber que o constitucionalismo evoluiu para garantir direitos civis e políticos anteriormente conquistados e para a implantar direitos econômicos e sociais e direitos de igualdades. É a partir dessa ideia de aprimoramento que nasce e se desenvolve uma nova etapa do constitucionalismo, após a II Guerra Mundial, chamada neoconstitucionalismo, como uma “evolução” do sistema anterior, já que o positivismo não se mostrou suficiente para dar resposta as demandas da sociedade em constante evolução.

O professor Luís Roberto Barroso⁷ caracteriza o neoconstitucionalismo como um processo de desenvolvimento que acarreta três estágios, que se alinham e convergem entre si. O primeiro é a garantia dos Direitos Fundamentais em uma Constituição, o segundo é a manutenção e efetivação de um regime democrático e, terceiro, a existência de uma jurisdição constitucional.

Tendo como base a dignidade da pessoa humana essa nova fase do constitucionalismo traz novos direitos fundamentais, solidariedade, diversidade, paz, dentre outros. Como novo paradigma, o neoconstitucionalismo influencia não só na teoria jurídica, mas também na prática dos tribunais. Luis P. Sanchis⁸ estabelece algumas de suas premissas, i) supremacia da Constituição em detrimento da lei; ii) mais ponderação do que subsunção; e iii) preponderância do Poder Judiciário em vez do Legislativo. Cumpre ressaltar o papel de destaque do Judiciário,

⁶ FERREIRA, Priscila Andreotti; SCHIER, Paulo Ricardo. **A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista**. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL), Curitiba-PR | Vol. 2, Nº 23, Jul/Dez 2015, p. 60-71.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

Sobre o tema, o autor busca reconstituir a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, pelos marcos histórico, teórico e filosófico, gerando uma nova percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica, no artigo “Neoconstitucionalismo – o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil” disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/24089/neoconstitucionalismo---o-triunfo-tardio-do-direito-constitucional-no-brasil>. Acesso em 07 nov 2022.

⁸ SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003, p. 123-168.

como o local adequado para concretização dos direitos fundamentais e sociais previstos nas constituições atuais.

Ainda analisando o neoconstitucionalismo, vê-se que ele representou um avanço ao pensamento introduzido pelo constitucionalismo. Com isso, o Direito passou a interagir com os valores, já que na vigência do positivismo havia uma separação entre a ciência jurídica e a axiologia. Para Dalmau e Pastor,⁹ o neoconstitucionalismo significa uma passagem da teoria do direito para uma teoria do poder. Barroso bem define todo o contexto do movimento em análise:

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O neoconstitucionalismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica e a teoria dos direitos fundamentais. [...] Para poderem beneficiar-se do amplo instrumental do Direito, migrando da filosofia para o mundo jurídico, esses valores compartilhados por toda a comunidade, em dado momento e lugar, materializam-se em princípios, que passam a estar abrigados na Constituição, explícita ou implicitamente. Alguns nela já se inscreviam de longa data, como a liberdade e a igualdade. Outros, conquanto clássicos, sofreram releituras e revelaram novas sutilezas, como a separação dos Poderes e o Estado democrático de direito. Houve, ainda, princípios que se incorporaram mais recentemente ou, ao menos, passaram a ter uma nova dimensão, como o da dignidade da pessoa humana, da razoabilidade, da solidariedade e da reserva de justiça.¹⁰

À guisa de conclusão, o neoconstitucionalismo pode ser entendido como uma teoria constitucional que, reconhece a importância das regras e da subsunção, mas também abre espaço para os princípios e para a ponderação, tentando racionalizar o seu uso. Dentro deste novo movimento constitucional os direitos fundamentais passaram a ser vistos como valores universais e atemporais, ganhando status de norma jurídica e todo julgamento deve levá-los em conta, já que por força da Constituição, legisladores, juízes e operadores do Direito devem obedecer aos preceitos constitucionais.

2. O NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

O novo constitucionalismo latino-americano é um fenômeno jurídico constitucional que surgiu recentemente na América do Sul. O movimento foi identificado pelos professores de Valença Roberto Viciano Pastor e Rubén Martínez Dalmau. Em sua obra Nunes Júnior deixa consignado que segundo esses dois referidos autores:

⁹ DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. La Constitución Democrática, entre Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo. *El Otro Derecho*, n. 48, p. 63-84, 2013.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. p. 2.

enquanto o já tradicional “neoconstitucionalismo” trata-se de um aprimoramento do Direito Constitucional, fruto da construção teórica dos constitucionalistas e operadores do Direito, tendo como principal escopo a busca por maior eficácia da Constituição, principalmente dos direitos fundamentais, baseando-se na força normativa da Constituição e no princípio da eficiência ou máxima efetividade, o “novo constitucionalismo” é fruto de reivindicações e manifestações populares e tem como principal escopo a busca por uma maior legitimidade democrática da Constituição, garantindo-se a participação política de grupos até então alijados do cenário político.¹¹

Dalmau sustenta ainda que esta nova vertente do constitucionalismo na América Latina foi produto de anos de teorização acadêmica, surgindo nas periferias como produto de demandas e movimentos populares.¹² Ainda assim, há de se ressaltar que o movimento não foi homogêneo em toda a América do Sul. Os próprios autores supra citados mencionam que no Brasil, embora tenha ocorrido avanços com a promulgação da CF/88, ainda não houve uma ruptura com o constitucionalismo tradicional. Diferentemente do que ocorreu na Venezuela, que amplamente adotou o movimento em sua Constituição de 1999. Contudo, os principais marcos do novo constitucionalismo latino-americano podem ser vistos na Constituição do Equador e da Bolívia.

A constitucionalista peruana Raquel Yrigoyen Fajardo¹³ ao analisar as mudanças constitucionais da América do Sul, sob o prisma do multiculturalismo e do tratamento constitucional dado aos povos originários indígenas, estabelece uma cronologia lógica, através de ciclos constitucionais na América do Sul, no intuito de superar o “constitucionalismo liberal monista” (séc. XIX) e o “constitucionalismo social integracionista” (séc. XX).

Afirmam Augustin e Wolkmer, é bastante significativo que na América Latina a cultura sociopolítica imposta pelas metrópoles ao longo do período colonial, assim como as instituições jurídicas formadas após o processo de independência derivam da tradição europeia.¹⁴ No entanto, Maliska observa que o peculiar desenvolvimento social e econômico da América Latina deveria representar um óbice para se receber as influências jurídicas e políticas europeias. “O colonialismo acabou por determinar historicamente o atraso da região e a sua subjugação às metrópoles europeias e depois aos Estados Unidos da América”¹⁵

À vista disso, lícito concluir que o novo constitucionalismo latino-americano pode ser entendido como uma ruptura do colonialismo, abrindo espaço para uma decolonialidade.

¹¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. p. 159

¹² DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. La Constitución Democrática, entre Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo.

¹³ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

¹⁴ AUGUSTIN, Sergio; WOLMER, Antonio Carlos; WOLKER, Maria de Fátima S. **O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina**. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v.9, n.1, p. 51-69, Jan./Jul. 2012. p. 54

¹⁵ MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2022. p. 149

Importante mencionar que ela é conceituada por Ballestrin¹⁶ como um terceiro elemento da modernidade/colonialidade, tratando-se de uma teoria crítica latino-americana que envolve a busca pelo direito à diferença.

Em outro estudo, Ballestrin complementa seu entendimento com discussões sobre o decolonialismo, afirmando que o giro colonial “ao adaptar o argumento pós-colonial para a América Latina, compreende que a colonialidade é a face oculta e constitutiva da modernidade”.¹⁷

Dessa forma, a decolonialidade é um movimento epistêmico, político e cultural de emancipação, partindo do entendimento de que as conquistas da modernidade são inseparáveis do racismo, do heteropatriarcado, da exploração econômica e da discriminação de sistemas de conhecimento.

Neste andar, o professor Maliska identifica a necessidade de se pensar modelos teóricos próprios, que contemplem a realidade da América Latina, num conjunto de iniciativas que buscam a afirmação da identidade desses povos.¹⁸ No dizer de Wolmer, “a exigência de uma nova ordem fundante implica o desafio de romper com a totalidade ontológica do pensamento moderno europeu”¹⁹

Esse novo constitucionalismo dá ensejo a um ambiente ideal de legitimação para impulsionar o desenvolvimento de novos modelos avançados de contemplação das ditas minorias como povos originários, indígenas e negros, bem como dos direitos aos recursos naturais e culturais.

Barbosa e Teixeira observam que a vertente deste novo constitucionalismo, pensado pelos povos andinos, foi adotada nas constituições da Venezuela, Bolívia e Equador. Tais documentos foram elaborados com a participação de vários grupos sociais e instrumentos de democracia direta como referendo, plebiscito, iniciativa legislativa popular e revogatória de mandato de todos os cargos públicos, incluindo o mais importante de presidente da república.²⁰

¹⁶ BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11, p. 89-117, 2013.

¹⁷ BALLESTRIN, Luciana. Modernidade/Colonialidade sem “Imperialidade”? O Elo Perdido do Giro Decolonial. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 60, n. 2, p. 505-540, 2017. p. 505.

¹⁸ MALISKA, Marcos Augusto. Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica. p. 149.

¹⁹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.

²⁰ BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

A partir dessas constituições, de acordo com Wolkmer,²¹ verifica-se uma busca por reproduzir a necessidade de segmentos sociais majoritários, buscando protegê-los da discriminação social, rompendo com padrões epistemológicos aceitos pela modernidade. Nesse mesmo sentido, Farjado²² afirma que o novo constitucionalismo latino-americano reconhece a coexistência de vários sistemas normativos dentro do mesmo espaço geopolítico, configurando-se pela transformação da própria de Estado, de democracia e do exercício da autoridade pública.

Exemplo disso pode ser verificado na Constituição da Bolívia,²³ que incorpora a cosmovisão indígena, incorporando todas as suas línguas como línguas nacionais e reconhecendo formas de vida anteriormente negadas e ocultadas. Verifica-se, assim, uma quebra do modelo monocultural, gerando formas de cidadania multiculturais.²⁴

Nessa positivação das cosmovisões indígenas, verifica-se ainda a institucionalização da Pachamama e da busca por modelos de bem viver. Uma das iniciativas com maior significado foi atribuir ao meio ambiente a condição de sujeito de direito,²⁵ conforme se abordará no tópico a seguir.

3. O MEIO AMBIENTE COMO SUJEITO DE DIREITOS

Do conceito de novo constitucionalismo latino-americano, Boaventura de Souza Santos vai identificar, num de seus aspectos um constitucionalismo que ele chama de transformador (emancipatório), porque consagra o princípio da coexistência entre a nação cívica e a nação étnico-cultural, rompe com modelo monolítico de institucionalidade estatal e cria vários tipos de autonomias infra estatais.²⁶ Ele acaba mexendo nas esferas de poder político e na ordem do Estado de Direito, passando a inovar em diversos aspectos, fatos diferenciados para cultura constitucional nas suas várias etapas históricas.

O constitucionalismo transformador é construído de baixo para cima, com a participação efetiva das classes baixas e cria critérios de inclusão social. A partir desse conceito, pode-se chegar ainda ao conceito de constitucionalismo ecológico. Nunes Júnior pondera que ele

²¹ WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. p. 145.

²² FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159. p. 139.

²³ BOLÍVIA. Constituição (2009). Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. La Paz, 2009.

²⁴ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización**.

²⁵ FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. **El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización**.

²⁶ SANTOS, Boaventura Souza. **A difícil democracia: reinventar as esquerdas**. São Paulo: Boitempo, 2016, 220 p.

“consiste numa aproximação entre o direito constitucional, o direito internacional, os direitos fundamentais e o direito ambiental”, vai dizer ainda que o movimento decorre da “crescente constitucionalização de temas ambientais, que deixam o status da infra constitucionalidade, em razão de sua importância cada vez crescente.”²⁷ (constitucionalização-inclusão)

O meio ambiente desde os primórdios da humanidade vem sendo explorado de forma indiscriminada pelo homem, com o objetivo de satisfazer suas necessidades, bem como de atender seus anseios de riqueza, o que foi enfatizado com a sociedade industrial do século XX, a qual recebeu fortes influências da cultura ocidental.

Entretanto, o tratamento dispensado a natureza não se encontra mais em sintonia com os atuais preceitos constitucionais, mesmo levando-se em conta o tradicional constitucionalismo. Manacorda²⁸ cita que todos precisam repensar a realidade da relação do homem com o meio ambiente, dizendo que a alienação humana está alienada à própria natureza. É viável expor aqui sobre a necessidade de construir uma comunidade que, segundo Boff,²⁹ deve portar valores de relações de sentimento e responsabilidade, sem desprezar as responsabilidades do uso da razão.

O meio ambiente e as relações de interação com o ser humano deflagram problemas ambientais nas mais diferentes esferas. Segundo Boff: “[...] precisamos de um novo paradigma de convivência que funde uma relação mais benfazeja para com a Terra e inaugure um novo pacto social entre os povos no sentido de respeito e de preservação de tudo que existe e vive”.³⁰

Para além disso, Nunes Júnior identifica três ciclos do constitucionalismo ecológico, que podem ser sintetizados desta forma: a) constitucionalismo ecológico embrionário: ciclo das enunciações programáticas; b) constitucionalismo ecológico antropocêntrico; e c) constitucionalismo ecológico biocêntrico. Ressaltando que o Brasil se encontra no segundo ciclo, ao passo que países que adotam o novo constitucionalismo latino-americano, tendo como expoentes as Constituições da Bolívia e Equador estariam no terceiro ciclo, no qual “não há apenas a previsão constitucional da proteção do meio ambiente e dos animais não humanos, mas a mudança paradigmática importante: esses deixam de ser objeto do direito e passam a ser sujeitos de direitos.”³¹

²⁷ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**, p. 235.

²⁸ MANACORDA, D. **Il sito archeologico**: fra ricerca e valorizzazione. Roma, Carocci, 2007.

²⁹ BOFF, S. O. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo ‘novo’ marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 2, 2015.

³⁰ BOFF, S. O. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo ‘novo’ marco regulatório, p.17.

³¹ NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**, p. 237.

Trata-se de uma mudança paradigmática instrumentalizada, tendo como pressuposto a compreensão da comunidade em harmonia, respeito e equilíbrio com a vida, celebrando a Pachamama da qual todos os seres vivos fazem parte. Na Constituição do Equador, reconhece-se os direitos da natureza em seu capítulo 7^a e na da Bolívia, esse direito é reconhecido por meio da *Ley Marco de la Madre Tierra y Desarrollo Integral para Vivir Bien* (Lei n. 300 de 2012) e da *Ley de Derechos de la Madre Tierra* (Lei n. 71, de 2010).

Para que seja possível melhor entender esse posicionamento das referidas constituições na colocação do meio ambiente como sujeito de direitos, destaca-se o artigo 71 da Constituição Federal do Equador, que assim dispõe:

A natureza ou Pachamama, onde se reproduz e realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povo ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos se observam os princípios estabelecidos na Constituição, no que proceder. O Estado incentivará às pessoas físicas e jurídicas, e aos coletivos para que protejam a natureza, e promoverá o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.³²

Sobre o assunto, Rocha e Lessa afirmam que esse reconhecer a natureza como sujeito de direitos é algo inédito na história da América do Sul, chamando-se a atenção para uma necessária revisão epistemológica, considerando essa virada decolonial, que enfatiza um constitucionalismo de valores ecológicos.³³

Considera-se que saímos de um “antropocentrismo renascentista” para um momento da história de contemplação e alinhamento entre natureza e humanidade, não mais na insustentável relação predatória, agora, como meros administradores do meio ambiente que somos, denotando que houve uma importante quebra de barreira que impedia a visualização correta do que vem a ser de fato sustentabilidade.³⁴ Para Melo,

Do estudo dos textos das recentes constituições latino-americanas se observa o delineamento de um novo estágio do Estado Constitucional que se abre a novos direitos e novos sujeitos de direitos, numa transição em direção a um modelo de bem viver que protege a vida nas suas diversificadas manifestações. As inovações introduzidas pelas constituições latino-americanas seguem no sentido de enriquecer o “patrimônio comum do direito constitucional”, avançando onde o constitucionalismo europeu parou, especialmente no que tange a proteção da biodiversidade e da sociodiversidade, e as

³² EQUADOR. Constituição (2008). Constitución de la República del Ecuador. 2008.

³³ ROCHA, Julio Cesar de Sá; LESSA, Natalie Coelho. Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Meio Ambiente e Carta Constitucional de 1988. **Revista Pan-americana de Direito**, v. 1, n. 1, p. e019-e019, 2021.

³⁴ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, costituzionalismo e le nuove sfide per il futuro nell'America latina, conferência apresentada no Seminário Internacional Beni comuni e diritto al futuro: un dialogo con l'America Latina, promovido pelo IIERBC – Institut International d'Etudes et Recherches sur les Biens Communs, na sede da Universidade Federico II de Nápoles – Itália, no dia 13 de julho de 2011.

Dessa forma, Melo³⁶ considera que o novo constitucionalismo latino-americano protege a diversidade da natureza e étnico-cultural, buscando promover o bem-viver (*vivir bien*), apontando uma passagem de um Estado de bem-estar para um Estado de bem-viver. Larissa Fortes defende que viver em plenitude significa viver em harmonia e equilíbrio; em harmonia com os ciclos da Mãe Terra (Pachamama), com o cosmos, com a vida e a história e, principalmente, em equilíbrio com toda forma de existência – humana e não humana, em permanente e mútuo respeito.³⁷

Conforme leciona Schier, o resgate da dignidade normativa da ordem constitucional, passa por uma releitura do papel do próprio Direito, com vistas a garantir emancipação. Desta maneira, uma concepção epistemológica emancipatória exige abdicar do velho modo de utilização do Direito.³⁸ Atribuir ou reconhecer ao meio ambiente uma própria subjetividade jurídica, implica uma necessária revisão da clássica epistemologia colonial (positivista).

Pode-se dizer que essa transformação decolonial dá ensejo a esse novo movimento ocorrido na América Latina, que representa um aprimoramento do constitucionalismo. Neste cenário o viés constitucional contempla, por exemplo, valores ecológicos, mas, precisa conciliar o desenvolvimento econômico com essa “nova” condição do meio ambiente, passando do antropocentrismo para o biocentrismo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por meio de uma breve análise da evolução do constitucionalismo ou movimentos constitucionais, chegou-se ao neoconstitucionalismo, entendido como um movimento constitucional que surge após a II Guerra Mundial, fruto do pós-positivismo, que proporciona uma nova forma de teorizar e aplicar o Direito Constitucional, tendo como protagonista o Judiciário como responsável por concretizar direitos fundamentais.

A partir disso, surge o conceito do novo constitucionalismo latino-americano, teoria constitucional desenvolvida nos países andinos e considerada “revolucionária” por alguns

³⁵ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013, p. 82.

³⁶ MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, 2013.

³⁷ FORTES, Larissa Borges. **A sustentabilidade e o pluralismo jurídico como principais elementos do novo constitucionalismo latino-americano**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017.

³⁸ SCHIER, Paulo Ricardo. **Filragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Safe, 1999. p. 61-100

doutrinadores, por estar um passo à frente no reconhecimento de direitos aos povos originários, indígenas, criando o Estado Plurinacional e reconhecendo os animis e a natureza como sujeitos de direitos.

Apesar de estar localizado na América Latina, o Brasil ainda se encontra no segundo ciclo do constitucionalismo ecológico antropocêntrico, isso porque o art. 225, *caput*, da CF/88, ao tratar do meio ambiente, prevê que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Como se vê, o meio ambiente é um bem do povo, para a qualidade de vida do ser humano, para garantir o bem-estar das presentes e futuras gerações de seres humanos. Portanto, por aqui, a natureza é protegida, como direito difuso do ser humano e não como sujeito de direitos.

Como decorrência da cosmovisão do novo constitucionalismo latino-americano, o meio ambiente tornou-se sujeito de direitos em alguns países andinos, com as constituições do Equador e da Bolívia destacando-se nesse modelo. Em 2008, o Equador aprovou sua nova Constituição nacional na qual a natureza (também denominada de *Pachamama*), juntamente com os seres humanos e de forma semelhante a eles, é incluída como sujeito da lei, titular de direitos fundamentais, deixando de lado uma visão antropocêntrica, de que a tutela do meio ambiente decorre dos direitos difusos do ser humano.

Parece que a visão biocêntrica é mesmo uma tendência irreversível, pois se verifica que, mundialmente, cada vez mais a tutela do meio ambiente deixa de ser apenas um mecanismo para proteção dos direitos do homem e passa a contar com uma tutela autônoma.

REFERÊNCIAS

AUGUSTIN, Sergio; WOLMER, Antonio Carlos; WOLKER, Maria de Fátima S. **O “novo” direito à água no constitucionalismo da América Latina**. R. Inter. Interdisc. INTERthesis, Florianópolis, v.9, n.1, p. 51-69, Jan./Jul. 2012.

BALLESTRIN, Luciana. América Latina e o giro decolonial. **Revista Brasileira de Ciência Política**, n. 11, p. 89-117, 2013.

BALLESTRIN, Luciana. Modernidade/Colonialidade sem “Imperialidade”? O Elo Perdido do Giro Decolonial. **Dados Revista de Ciências Sociais**, v. 60, n. 2, p. 505-540, 2017.

BARBOSA, Maria Lúcia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. **Revista Direito e Práxis**, v. 8, p. 1113-1142, 2017.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009.

BOFF, S. O. Acesso aos conhecimentos tradicionais: repartição de benefícios pelo ‘novo’ marco regulatório. **Revista Direito Ambiental e sociedade**, v. 5, n. 2, 2015.

BOLÍVIA. Constituição (2009). **Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia**. La Paz, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 1997.

DALMAU, Rubén Martínez; PASTOR, Roberto Viciano. La Constitución Democrática, entre Neoconstitucionalismo y el Nuevo Constitucionalismo. **El Otro Derecho**, n. 48, p. 63-84, 2013.

EQUADOR. Constituição (2008). **Constitución de la República del Ecuador**. Quito, 2008.

FAJARDO, Raquel Z. Yrigoyen. El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo ala descolonización. In: GARAVITO, César Rodríguez (Org.). **El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del Siglo XXI**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2011. p. 139-159.

FERREIRA, Priscila Andreoti; SCHIER, Paulo Ricardo. **A teoria da norma jurídica no contexto do neoconstitucionalismo pós-positivista**. Cad. Esc. Dir. Rel. Int. (UNIBRASIL), Curitiba-PR. Vol. 2, Nº 23, Jul/Dez 2015, p. 60-71.

FORTES, Larissa Borges. **A sustentabilidade e o pluralismo jurídico como principais elementos do novo constitucionalismo latino-americano**. Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.12, n.3, 3º quadrimestre de 2017. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

MALISKA, Marcos Augusto. **Pluralismo jurídico e direito moderno: notas para pensar a racionalidade jurídica**. 2ª ed. rev. ampl. Curitiba: Juruá, 2022.

MANACORDA, D. **Il sito archeologico: fra ricerca e valorizzazione**. Roma, Carocci, 2007.

MELO, Milena Petters. O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. **Novos Estudos Jurídicos**, v. 18, n. 1, p. 74-84, 2013.

NUNES JÚNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

ROCHA, Julio Cesar de Sá; LESSA, Natalie Coelho. Novo Constitucionalismo Latino-Americano, Meio Ambiente e Carta Constitucional de 1988. **Revista Pan-americana de Direito**, v. 1, n. 1, p. e019-e019, 2021.

SANCHIS, Luis Prieto. **Neoconstitucionalismo y ponderación judicial**. In: CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Trotta: Madrid, 2003, p. 123-168.

SANTOS, Boaventura Souza. **A difícil democracia**: reinventar as esquerdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem Constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Safe, 1999. p. 61-100

TOLENTINO, Zelma Tomaz; OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. **Pachamama e o Direito à Vida**: uma reflexão na perspectiva do novo constitucionalismo latino-americano. Veredas do Direito: direito ambiental e desenvolvimento sustentável, Belo Horizonte, vol. 12, n.º 23, p. 313-335, out. 2015.

WOLKMER, Antônio Carlos. Pluralismo e crítica do constitucionalismo na América Latina. In: **Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional**. Curitiba: Academia Brasileira de Direito Constitucional, 2010, p. 143-155.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo, costituzionalismo e le nuove sfide per il futuro nell'America latina, conferência apresentada no **Seminário Internacional Beni comuni e diritto al futuro**: un dialogo con l'America Latina, promovido pelo IIERBC – Institut International d'Etudes et Recherches sur les Biens Communs, na sede da Universidade Federico II de Nápoles – Itália, no dia 13 de julho de 2011.

O DIREITO DOS ANIMAIS NO CENÁRIO BRASILEIRO: UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO E O NECESSÁRIO ROMPIMENTO COM A VISÃO ANTROPOCÊNTRICA

ANIMAL RIGHTS IN THE BRAZILIAN SCENARIO: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF THE NEW LATIN AMERICAN CONSTITUTIONALISM AND THE NECESSARY BREAK WITH THE ANTHROPOCENTRIC VIEW

Caroline da Silva¹

Kelly Elisabete Speth²

Faena Gall Gofas Meneghetti³

RESUMO

Apesar dos avanços legislativos, em solo brasileiro ainda se vive sob a perspectiva do homem ser o centro do universo. Em termos de efetiva proteção jurídica aos animais, quando comparado com outros países do novo constitucionalismo Latino-americano, como Equador e Bolívia, percebe-se que o Brasil se encontra em realidade distante, na medida em que atribui aos animais, a partir da legislação civil, o status jurídico de bens móveis, ainda que comprovada cientificamente sua capacidade de sentir sensações e sentimentos de forma consciente. A visão antropocêntrica contribuiu para práticas de exploração e crueldade contra animais, permanecendo enraizada na cultura, na legislação e no próprio sistema jurídico brasileiro, emergindo a necessidade de rompimento desse paradigma.

PALAVRAS-CHAVE: Antropocentrismo. Constitucionalismo Latino-americano. Direitos dos animais.

ABSTRACT

Despite legislative advances, on Brazilian soil people still live from the perspective of man being the center of the universe. In terms of effective legal protection for animals, when compared to other countries of the new Latin American constitutionalism, such as Ecuador and Bolivia, it is perceived that Brazil is in a distant reality, insofar as it attributes to animals, from the legislation civil, the legal status of movable property, even if scientifically proven its ability to consciously feel sensations and feelings. The anthropocentric view contributed to practices of exploitation and

¹Bacharela em Direito pela ULBRA campus Cachoeira do Sul. E-mail: carolamandio0967@gmail.com.

²Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Bacharela em Direito pela ULBRA campus Cachoeira do Sul. Advogada na área previdenciária. E-mail: kellyspeth31@gmail.com.

³Mestra em Direito pelo PPGD da UFSM. Especialista em Direito Público pela UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Direito da ULBRA. Advogada nas áreas previdenciária e cível. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br.

cruelty against animals, remaining rooted in culture, legislation and the Brazilian legal system itself, emerging the need to break this paradigm.

KEYWORDS: Anthropocentrism. Latin American Constitutionalism. Animal rights.

INTRODUÇÃO

Notórias são as consequências oriundas da coisificação dos animais no Brasil e da ausência de proteção efetiva. Embora o Estado brasileiro tenha uma Constituição relativamente nova, ainda não chegou ao melhor patamar de desenvolvimento, em termos de proteção aos animais, quando comparado com os países do novo constitucionalismo Latino-americano, como Equador e Bolívia. A visão antropocêntrica ainda permanece enraizada na cultura, na legislação e no próprio sistema judiciário brasileiro, emergindo a necessidade de rompimento desse paradigma.

Nesse contexto, utilizando-se o método dedutivo para fins de abordagem, almeja-se responder ao seguinte problema de pesquisa: Quais as condições jurídicas de possibilidade de efetiva proteção dos animais no Brasil, frente ao viés do novo constitucionalismo Latino-americano?

Visando encontrar respostas ao problema apresentado, o desenvolvimento da pesquisa estruturou-se em dois tópicos.

Inicialmente, no primeiro tópico, busca-se expor noções acerca da legislação brasileira que visa conferir proteção aos animais, realizando-se uma análise do texto constitucional em contrapartida ao status de coisa conferido pela legislação civil. Posteriormente, passa-se à análise de Lei Federal de Crimes Ambientais que implantou pena para os maus tratos, mas permanece insuficiente na fiscalização e aplicabilidade da proteção jurídica aos animais. Ainda, aborda-se sobre o estudo que evidencia a capacidade neurológica dos animais, denominando-os como seres sencientes. Analisa-se alguns Projetos de Lei que almejam alterar o status jurídico dos animais no Brasil, de bens móveis para bens semoventes ou seres de natureza *sui generis* e, ainda, enfatiza-se o reconhecimento do Estado do Rio Grande do Sul ao status “*sui generis*” aos animais na sua legislação.

Na sequência, no segundo tópico, passa-se a abordar entendimentos acerca do movimento intitulado de “novo constitucionalismo Latino-americano”, realizando-se uma análise comparativa entre a proteção jurídica conferida aos animais a partir das Constituições do Equador e da Bolívia, com repercussões positivas em suas decisões judiciais, e a visão antropocêntrica que permanece latente no solo brasileiro.

Assim, apresentadas as considerações introdutórias da pesquisa, passa-se à exposição do tema.

1. O CENÁRIO DA (NÃO) PROTEÇÃO DOS ANIMAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO FEDERAL BRASILEIRO

A proteção e defesa dos animais no Brasil é um grande desafio jurídico. Historicamente, a primeira legislação de proteção aos animais no Estado brasileiro, foi criada no governo de Getúlio Vargas, em 10 de julho de 1934, sendo o Decreto nº 24.645, que classificou os atos de maus-tratos contra os animais como contravenção. Após, com o advento da Constituição Federal de 1988 (CF/88) a vida dos referidos seres passou a ser tutelada, conforme dispõe o seu Art. 225, §1º, VII:

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§ 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:[...]

VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade.

Porém, apesar do tema apresentar-se expresso no texto constitucional, somente em 1998, com a Lei dos Crimes Ambientais, que os maus-tratos contra animais deixaram de ser contravenções e passaram a ser criminalizados.⁴

Com efeito, ainda hoje, no ordenamento jurídico brasileiro, a principal norma legal que protege os animais não-humanos é o Art. 32, da Lei Federal dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98), o qual dispõe sobre os maus-tratos e as penas para quem pratica tais atos, a saber: “Praticar ato de abuso, maus-tratos, ferir ou mutilar animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos: Pena - detenção, de três meses a um ano, e multa”.

Todavia, apesar da temática possuir proteção constitucional e tratamento em Lei Federal, os animais ainda são tidos como bens móveis no Código Civil de 2002 (CC/2002), conforme expresso no Art. 82: “São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.” Sobre a referida

⁴ DIAS, Edna Cardozo. A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animais no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2 n. 2, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10297#:~:text=Resumo,personalidade%20de%20todo%20ser%20vivo>. Acesso em: 20 out. 2022.

norma, Diniz assevera que são “os animais considerados como móveis por terem movimento próprio, daí serem semoventes”.⁵

Assim, com o status jurídico conferido ao animal e as evidentes consequências da sua coisificação, emerge a necessidade de observância e cumprimento da legislação internacional a qual, em termos de proteção aos animais, merece atenção especial. Como exemplo destaca-se a Declaração Universal dos Direitos dos Animais, criada pela Organização das Nações Unidas (ONU)⁶, desde 27 de janeiro de 1978, pois conforme Bósio Campello e Barros, a referida Declaração “possui o objetivo de servir como diploma legal em relação ao propósito animal para os países integrantes da ONU”.⁷

A Declaração supracitada fez com que o direito animal ganhasse mais força e, assim, originou-se também a Declaração Universal do Bem-estar animal (DUBEA), em 2006, criada pela Sociedade Mundial de Proteção Animal, a qual reconhece os animais como seres sencientes, ou seja, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente, e estabelece que sua proteção tem extrema importância para o desenvolvimento social das nações. A DUBEA conquistou inúmeros países como signatários, inclusive o Brasil, desde 2009, quando o Ministro Carlos Minc realizou cerimônia de abertura da assinatura com a sociedade Mundial de Proteção Animal.⁸

Por força disso, foi proposto o Projeto de Lei (PL) nº 3670/2015, o qual almeja reclassificar os animais e afastar o status de coisa, visando “determinar que os animais não sejam considerados coisas, mas bens móveis para os efeitos legais”. Todavia, tal Projeto encontra-se aguardando deliberação de Recurso na Mesa Diretora da Câmara dos Deputados.

Posteriormente, advieram diversos outros PL's, mas em especial o de nº 6.054 de 2019, de autoria dos Deputados Ricardo Izar e Wellington Prado, que se aprovado acrescentará o parágrafo único ao art. 82 do CC/2002, com o objetivo de “atribuir aos animais não humanos uma natureza jurídica sui generis, conferindo-lhes direitos despersonalizados, passíveis de tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa”, sendo a justificativa do

⁵ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 131.

⁶ ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Unesco. Bruxelas, Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

⁷ CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; BARROS, Ana Carolina Vieira de. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, vol. 13, número 02, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27937>. Acesso em 20 out. 2022

⁸ GAL, Global Animal Law Associação. **Declaração Universal sobre o Bem-Estar Animal – DUBEA**, 2011. Disponível em: <https://vegpedia.com/declaracoes/declaracao-universal-sobre-bem-estar-animal-dubea-2011/>. Acesso em: 28 out. 2022.

projeto argumentada pelo reconhecimento da senciência dos animais e para protegê-los do sofrimento.

Ainda, sobre o PL nº 6.054/19, ao voto do relator ficou estabelecido que:

[...]que a tutela jurisdicional dos direitos animais “não se aplica ao uso e à disposição dos animais empregados na produção agropecuária e na pesquisa científica nem aos animais que participam de manifestações culturais registradas como bens de natureza imaterial integrantes do patrimônio cultural brasileiro, resguardada a sua dignidade.

Vale frisar que, já existe a norma regulamentadora, Lei nº 11.794/08, sobre as pesquisas com os animais participantes de eventos de cunho cultural, mas está presente no PL 6.054/19 também. Salienta-se que o referido PL está aguardando o parecer do relator da Comissão de Agricultura, Pecuária, Abastecimento e Desenvolvimento Rural, ainda anteriormente tramitava sob nº PL 6799/2013.

Pondera-se que, mesmo que a União não tenha uma norma específica de proteção dos animais, é importante mencionar que alguns estados da federação brasileira já são dotados dessa proteção em Lei, como é o caso do Rio Grande do Sul, que em sua Lei Ordinária nº 15.434, de 09 de janeiro de 2020, institui o código Estadual do Meio Ambiente, e nele o Capítulo XVII- Dos Animais Domésticos de Estimação, contando com o art. 216 e 217 com o seguinte texto:

Art. 216. É instituído regime jurídico especial para os animais domésticos de estimação e reconhecida a sua natureza biológica e emocional como seres sencientes, capazes de sentir sensações e sentimentos de forma consciente.

Parágrafo único. Os animais domésticos de estimação, que não sejam utilizados em atividades agropecuárias e de manifestações culturais reconhecidas em lei como patrimônio cultural do Estado, possuem natureza jurídica "sui generis" e são sujeitos de direitos despersonalizados, devendo gozar e obter tutela jurisdicional em caso de violação, vedado o seu tratamento como coisa.

Art. 217. São proibidos o extermínio, os maus tratos, a mutilação e a manutenção de animais domésticos de estimação em cativeiros ou semicativeiro que se encontrem em condições degradantes, insalubres ou inóspitas, sob pena das sanções previstas nos arts. 92 e 93 desta Lei.

Parágrafo único. Incorre nas mesmas sanções a que se refere o "caput" deste artigo quem abandona animais domésticos de estimação em via ou praça pública, com intenção de pôr fim a sua guarda.

Observa-se que o estado reconheceu os animais domésticos como “sui generis”, exceto os utilizados na pecuária e em manifestações culturais, mas considera-se um grande avanço na legislação estadual, basta intensificar a aplicação da Lei no enfrentamento desordenado dos maus tratos aos animais.

Frente ao exposto, considerando que o Brasil está entre os países signatários da DUBEA, que reconhece os animais como seres sencientes, denota-se que o país ainda não chegou ao melhor patamar dedesenvolvimento, em termos de proteção aos animais, quando comparado

com os vizinhos, Equador e Bolívia, países do novo constitucionalismo latino-americano, tema que se passa a abordar no próximo tópico.

2. A PROTEÇÃO DOS ANIMAIS SOB A ÓTICA DO “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO” E A VISÃO ANTROPOCÊNTRICA BRASILEIRA

O “novo constitucionalismo Latino-americano”, trata-se de uma nova perspectiva que rompeu a racionalidade herdada dos 500 anos de colonização europeia, fazendo com que os países andinos reestruturassem o seu sistema constitucional, baseando-se em diferentes modos de viver a vida.⁹ Seus textos constitucionais advieram, principalmente, dos movimentos sociais vivenciados em seus devidos países cujo objetivo era a composição de um novo modelo Estatal, em razão das rupturas sociais e institucionais, que acarretaram na criação de novas constituições, a exemplo das revoltas populares como a Guerra da Água e do Gás, em 2000 e 2003, respectivamente, na Bolívia e no Equador.¹⁰

Desse modo, o “novo constitucionalismo Latino-americano” chegou rompendo com o modelo constitucional clássico, possibilitando a participação de todas as classes econômicas no Estado e garantindo a proteção devida à natureza e a todos os seres vivos, eis que resgatou o passado andino, respeitando as culturas milenares e diversidades existentes na América-Latina.¹¹ Esse novo modelo proposto tem como anseio se desvencilhar do eurocentrismo que há muito tempo predominou em virtude da colonização da América-Latina, que pregava uma determinada superioridade de alguns povos sobre outros (colonizadores e colonizados).

Com efeito, o “novo constitucionalismo Latino-americano” nasceu com o objetivo de “legitimar e de expandir a democracia dentro dos países da América-Latina e de efetivar os direitos estabelecidos nos seus textos constitucionais”.¹² O movimento iniciou-se a partir da “Constituição da Colômbia de 1991, logo após, em 1999, atingiu a Constituição da Venezuela e alcançou, assim, o seu ápice com as Constituições do Equador (2008) e da Bolívia (2009)”.¹³

⁹ GORCZEVSKI, Clóvis; PEREIRA, Monique. O despertar de uma nova era: o novo constitucionalismo Latino-americano. In: GORCZEVSKI, Clóvis (Org.); LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça**. Curitiba: Multideia, 2016, p.35.

¹⁰ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 108.

¹¹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p.108.

¹² MORAES; FREITAS, 2013, p.106.

¹³ MORAES; FREITAS, 2013, p. 108.

Alguns autores também vislumbram o Brasil enquanto integrante do “novo constitucionalismo Latino-americano, a partir da CF/1988, especialmente em decorrência da proteção conferida aos povos indígenas¹⁴ e no momento em que reconhece direitos emergentes ou novos direitos, como os direitos humanos, direitos da criança e do adolescente, do idoso, do meio ambiente, além do direito à liberdade de crença e cultura, protegendo experiências pluriétnicas como a cultura afro-brasileira,¹⁵ apresentando-se como um dos países precursores nesse sentido.

Importante frisar que ao referir-se ao constitucionalismo Latino-americano, em termos de proteção aos direitos dos animais, tema dessa pesquisa, norteia-se o foco para a Constituição do Equador e da Bolívia, pois os demais países integrantes do movimento não abordam os direitos dos animais com prioridade, de forma efetivamente protetiva.

Nessa perspectiva, o constitucionalismo Latino-americano avançou significativamente, não somente em questões democráticas, mas principalmente no reconhecimento dos direitos de “*Pachamama*” (*derechos de la naturaleza*), destacando-se o Equador, como país pioneiro em reconhecer esses direitos, e a concepção do “bem viver” (*o buen vivir*), que se encontra inserida no ecocentrismo,¹⁶ constando-se que para a o ser humano ter uma boa qualidade de vida, ou seja, para que haja o bem viver, é necessário preservar os direitos da natureza e viver em harmonia com a mesma (o que inclui os animais). A partir desse entendimento países como a Bolívia também passaram a adotar tal viés constitucional.¹⁷

Em análise à Constituição do Equador, ao tratar do respeito aos direitos da natureza, em seu capítulo sétimo, merece destaque o Art. 71:

Art. 71. La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema. (Tradução) A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respete integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos. Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-

¹⁴ COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 191.

¹⁵ WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 27-28.

¹⁶ GORCZEWSKI, Clóvis; PEREIRA, Monique. O despertar de uma nova era: o novo constitucionalismo Latino-americano. In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org.); LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça**. Curitiba: Multideia, 2016, p.37.

¹⁷ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 108.

se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente. O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.¹⁸

Na prática, pode-se notar os efeitos da positivação constitucional dos direitos dos animais no Equador, através do primeiro precedente jurídico, em 2009, na província de Loja, Equador, onde foram realizadas determinadas obras e os dejetos depositados no Rio Vilcabamba, causando degradação ambiental e a morte dos animais que lá viviam, alterando o ecossistema do local. A situação gerou uma ação judicial em que o referido rio figurou como parte e foi reconhecido como sujeito de direitos, devendo ser protegido.¹⁹ Destarte, pode-se dizer que o Equador é o pilar do novo constitucionalismo andino, a partir do momento em que não dissocia a natureza, os animais e os humanos, uma vez que fundidos, conforme depreende-se do entendimento do julgado:

O juiz da Corte provincial de Loja fundamenta o julgado no artigo 71 da Constituição equatoriana, que garante os direitos de La Madre Tierra (Pachamama) e reconhece a Natureza como sujeito de direitos, dizendo ser “dever dos juízes constitucionais atenderem ao resguardo e fazerem efetiva a tutela judicial dos direitos da Natureza, efetuando o que for necessário para que não seja contaminada”. Extremamente necessário é perceber que o texto constitucional equatoriano não dissocia a Natureza do humano, pelo contrário, a Natureza é colocada como lugar no qual vivemos e nos reproduzimos. E sendo esta nossa Mãe (Pachamama) tem direitos próprios de existência, manutenção e regeneração. É preciso respeitar seus ciclos. O humano e a natureza estão fundidos, fazemos todos parte desta grande Terra. Assim os danos causados a ela serão prejuízos a todos nós e a nossas futuras gerações.²⁰

Já a Bolívia, apesar de não estar no patamar equatoriano em termos de proteção aos animais, foi fortemente influenciada por esse ao adotar em sua Constituição o princípio do “bem viver” (*Sumak Kawsay*), que retoma a noção do viver bem dos povos indígenas, eis que sua população contempla 18% de indígenas-originários. Embora o intuito da Bolívia, ao adotar o princípio citado, seja a contemplação dos direitos indígenas, conseqüentemente passou a tutelar constitucionalmente a conservação do meio ambiente e a promoção de um ecossistema equilibrado, o que vai de encontro à proteção dos animais.²¹

Com efeito, a Constituição boliviana dedicou ao tema o capítulo 5, seção 1, merecendo destaque o Art. 33 e o Art. 34:

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal STF Internacional. **A Nova Constituição Equatoriana**. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972>. Acesso em: 30 set. 2022.

¹⁹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (*Sumak Kawsay*). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 119.

²⁰ MORAES; FREITAS, 2013, p. 117.

²¹ MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (*Sumak Kawsay*). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 109.

Artículo 33. Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

Artículo 34. Cualquier persona, a título individual o en representación de una colectividad, está facultada para ejercitar las acciones legales en defensa del derecho al medio ambiente, sin perjuicio de la obligación de las instituciones públicas de actuar de oficio frente a los atentados contra el medio ambiente.

Assim, percebe-se que a Constituição do Equador e da Bolívia, afastaram a visão clássica europeia que antes predominava, inaugurando a ótica biocêntrica/geocêntrica e ecocêntrica constitucional, colocando a natureza fundida com animais humanos e não-humanos em mesmo patamar.

Neste seguimento, tem-se que o Brasil, apesar de ser um país Latino- americano e tratar do direito animal constitucionalmente, assim, como Equador e Bolívia, possui uma realidade distante desses dois, conforme já visto, pois sua norma constitucional não se mostra eficiente para erradicar a crueldade animal, tampouco conceitua o que seriam os ditos maus-tratos, sendo um dispositivo meramente emblemático, tornando a referida norma praticamente ineficaz e de baixa punibilidade.²²

Evidenciando a ineficácia da Lei dos Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/1998), Disconzi assevera que:

[...] com uma lei praticamente figurativa, deslocada para dentro de um contexto maior, no qual ocasiona a redução do dano individual sofrido e que pela sua previsão quantitativa de pena acaba legitimando a crueldade contra os animais devido sua ineficácia de aplicação da punibilidade, ficando novamente a cargo do intérprete a tipificação da conduta.²³

Não somente a pena branda atribuída ao crime de maus tratos contribui para o sofrimento animal, mas também a falta de interesse e atenção em relação ao tema. Pois, pode-se citar inúmeros Projetos de Lei esquecidos, que visam a melhoria da qualidade de vida dos animais não-humanos.

Fato é que a visão antropocêntrica, àquela que coloca o ser humano como o centro do universo, ainda se mostra presente na realidade brasileira (apesar dos consideráveis avanços legislativos). Essa visão conceitua-se basicamente na forma como o ser humano vê e interage com o meio ambiente/natureza, onde o homem acredita que a natureza (abrangendo todo o meio

²²RIBEIRO, Bernard Constantino; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A experiência latino-americana de mudança constitucional pautada no pluralismo jurídico comunitário participativo: o caso de Bolívia e Equador. In: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi (Org.); SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.); CALGARO, Cleide (Org.). **Direito Constitucional Ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi. 2017, p.32.

²³ RIBEIRO; SPAREMBERGER, 2017, p. 34.

ambiente, inclusive os animais), deve satisfazer as suas necessidades e podem ser maltratados ou sacrificados para atender aos seus interesses.²⁴

Sobre esse prisma enfatiza Levai:

Denomina-se antropocentrismo o sistema filosófico que pôs o homem no centro do universo, concepção essa que nos atribuiu – em nome da supremacia da razão – o poder de dominar a natureza e os animais. O termo, originário do grego (homem) e do latim (centrum), relaciona-se à idéia religiosa da essência divina do ser humano.²⁵

Essa visão enraizada culturalmente, que marca a dominação do homem sobre todas as demais espécies da natureza, vem desde os tempos longínquos. Um exemplo a ser citado é a caça, que antes era praticada por necessidade de sobrevivência, e posteriormente passou a ser um esporte praticado pelas famílias nobres e, avançando temporalmente, passou a ser entretenimento humano.²⁶

Outro exemplo advindo da cultural e cruel visão antropocêntrica são as touradas espanholas, em que o sofrimento animal desenfreado é indiferente, eis que o entretenimento humano é colocado a frente, conforme refere Levai: “Os costumes da cultura popular, como a secular tourada espanhola e alguns rituais de sacrifícios nas festividades religiosas, transformaram martírio em tradição”.²⁷ Pode-se notar que essa influência cultural apresenta forte relevância, influenciando inclusive a ciência, uma vez que os cruéis testes em animais se tornaram o método oficial de pesquisas médicas, transformando seres indefesos em cobaias e os submetendo a dores inimagináveis, sob a justificativa de contribuição para o avanço científico.²⁸

Atualmente, o Brasil ainda vive sob a perspectiva do homem ser o centro do universo, havendo “permissão” (através da omissão legislativa, da ausência de fiscalização e de punição efetiva) para as inúmeras e “culturais” situações de maus tratos contra animais, sendo tão brutais que ganham repercussão nacional e mundial.

Pode-se citar vários casos, como o do “Manchinha”, nome dado carinhosamente à um cachorro vira-lata que foi morto, após ser espancado e envenenado, por um segurança do supermercado Carrefour de Osasco, São Paulo, notícia que gerou matéria no jornal espanhol, El

²⁴ SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. A visão antropocêntrica no Direito Ambiental brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira-RJLB**, Ano 1 (2015), n. 6. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0219_0241.pdf. Acesso em: 17 out. 2022.

²⁵ LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida - Crítica à razão antropocêntrica. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.1, n. 1, 2006, p.172.

²⁶ LEVAI, Laerte Fernando. Crueldade consentida - Crítica à razão antropocêntrica. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.1, n. 1, 2006, p.172

²⁷ LEVAI, 2006, p.173

²⁸ LEVAI, 2006, p.173

País.²⁹ Também, o caso do rodeio no interior de Alagoas, em que houve flagrante de maus tratos com os animais, conforme noticiado no G1, portal de notícias.³⁰

E, por fim, o chocante caso do extermínio de cães e gatos na cidade de Bom Jesus/RS, em que o secretário municipal de desenvolvimento econômico do referido município ordenou o extermínio de 126 cães e três gatos, com a ajuda de três funcionários da prefeitura da cidade, sendo todos envenenados, sob o motivo de “acabar com o bicharada solta na cidade”.³¹ Houve a prisão dos envolvidos e um dos três réus, o secretário municipal, impetrou habeas corpus, o qual foi negado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.³²

Assim, percebe-se que a visão antropocêntrica é recorrente na sociedade, sendo uma cultura passada de geração em geração, necessitando, não somente de observância à norma constitucional, de uma Lei Federal de maus-tratos realmente eficaz, ou de punições mais severas, mas também de um sistema jurídico que dê aos animais a devida importância, bem como de reeducação social, baseada em uma visão de ética e solidariedade perante os seres não-humanos. Emerge a necessidade de uma mudança cultural a partir dos pilares da educação, por meio de políticas públicas voltadas especialmente para o ambiente intrafamiliar e educacional, capazes de ensinar para adultos e crianças a compaixão por todos os seres humanos e não humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ordenamento jurídico brasileiro evoca constitucionalmente proteção aos animais, devendo isso ter suficiência para a não ocorrência de maus-tratos e exploração animal, o que infelizmente não condiz com a realidade uma vez que eles ainda possuem um status jurídicos de bens móveis pela legislação civil.

Classificando-os dessa forma, a legislação civil acaba por naturalizar sua exploração e sofrimento, ou seja, a coisificação dos animais contribui para que tais seres sejam explorados,

²⁹ BETIM, Felipe. **A brutal morte de um cachorro vira-lata em um Carrefour, leva o Brasil ao divã**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/html>. Acesso em: 29 out. 2022.

³⁰ G1. Reportagem da TV Gazeta. **Maus tratos a animais são flagrados em rodeio no interior de Alagoas**. Disponível em: <http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2016/03/maus-tratos-animais-sao-flagrados-em-rodeio-no-interior-de-alagoas.html#:~:text=Um%20espet%C3%A1culo%20que%20tem%20atra%C3%ADdo,desafiados%20e%20v%C3%ADtimas%20de%20agress%C3%B5es>. Acesso em 30 out. 2022.

³¹ OLHAR ANIMAL. **Secretário é indiciado por exterminar 129 cães e gatos em Bom Jesus, RS**. Disponível em: <https://olharanimal.org/vereador-e-mais-dois-sao-condenados-por-mortes-de-caes-e-gatos-em-bom-jesus-rs/>. Acesso em: 03 out. 2022.

³² BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus, Nº 70063142665. Relator: Newton Brasil de Leão, julgado em: 12-02- 2015. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em 17 mai. 2020.

maltratados e “escravizados” no território brasileiro, eis que a tutela jurídica em relação ao bem-estar desses não é efetiva. Prova disso é a notória fiscalização precária das autoridades em relação a eventuais denúncias de maus-tratos, bem como a inobservância pela população de legislações como a Lei dos Crimes Ambientais.

Como um viés de esperança adveio o PL nº 6.054, de 2019, o qual apresenta-se como um grande avanço para a jurisdição brasileira, eis que muda definitivamente o status jurídico dos animais para seres dotados de capacidade de sentir, de natureza *sui generis*, na mesma linha das evidências científicas.

Ainda, tem-se que alguns estados da federação estão implementando em sua norma cuidados como os animais, como é o caso do Rio Grande do Sul, que desde janeiro de 2020 reconhece os animais domésticos como “*sui generis*” e proíbe maus tratos, extermínio, mutilação e outras barbáries aos animais

O Brasil, apesar de ser um país Latino-americano e tratar do direito animal constitucionalmente, assim, como Equador e Bolívia, possui uma realidade distante desses dois, pois sua norma constitucional não se mostra eficiente para erradicar a crueldade animal, bem como a Lei dos Crimes Ambientais não explicita, tampouco conceitua o que seriam os ditos maus-tratos, sendo um dispositivo meramente emblemático, tornando a referida norma praticamente ineficaz e de baixa punibilidade.

Diante disso, é possível concluir que, é urgente e necessária uma mudança no cenário atual, em diversos aspectos, primeiramente divulgar a legislação existente, aplicá-la, com intuito de que seja respeitada a breve proteção dos animais dada pela CF/88, além de ser aprovada uma legislação que não seja meramente figurativa, mas sim uma legislação eficaz, que desse a importância que os seres não-humanos realmente têm e que não é vista, pois o ser humano sozinho no planeta, não sobreviveria sequer por um dia.

REFERÊNCIAS

BETIM, Felipe. **A brutal morte de um cachorro vira-lata em um Carrefour, leva o Brasil ao divã**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2018/html> . Acesso em: 29 out. 2022.

BOLIVIA. Republic of Bolivia, Constitución de 2009. **Political Database of the Americas**. Disponível em: <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Bolivia/bolivia09.html>. Acesso em: 30 out. 2022

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 3670/2015. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2055720>. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 6.054/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1975326#:~:text=a%20seguinte%20reda%C3%A7%C3%A3o%3A-,Art.,Sess%C3%B5es%2C%20em%20de%20de%202021. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Dispões sobre o Código Civil. In: **Diário Oficial da União**, Brasília 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm#art2044. Acesso em: 18 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. Dispões sobre sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. In: **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 fev. 1998. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/601739>. Acesso em 18 out. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Portal STF Internacional. **A Nova Constituição Equatoriana**. Disponível em: <https://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/destaquesNewsletter.php?sigla=newsletterPortalInternacionalFoco&idConteudo=195972> . Acesso em: 30 set. 2022.

BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Habeas Corpus, Nº 70063142665. Relator: Newton Brasil de Leão, julgado em: 12-02- 2015. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/busca/?return=proc&client=wp_index. Acesso em 17 mai. 2020.

CAMPELLO, Lívia Gaigher Bósio; BARROS, Ana Carolina Vieira de. A era da afirmação dos direitos dos animais no cenário global e seu fundamento na solidariedade entre espécies. **Revista Brasileira de Direito Animal**. Salvador, vol. 13, número 02, 2018. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/27937>. Acesso em 20 out. 2022

COLAÇO, Thais Luzia. O direito indígena a partir da Constituição Brasileira de 1988. In: WOLKMER, Antonio Carlos; MELO, Milena Petters (org.). **Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

DIAS, Edna Cardozo. A defesa dos animais e as conquistas legislativas do movimento de proteção animais no Brasil. **Revista Brasileira de Direito Animal**, v. 2 n. 2, 2007. Disponível em: <https://periodicos.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/10297#:~:text=Resumo,personalidade%20de%20todo%20ser%20vivo>. Acesso em: 20 out. 2022.

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

G1. Reportagem da TV Gazeta. **Maus tratos a animais são flagrados em rodeio no interior de Alagoas**. Disponível em: <http://g1.globo.com/al/alagoas/noticia/2016/03/maus-tratos-animais-sao-flagrados-em-rodeio-no-interior-de-alagoas.html#:~:text=Um%20espet%C3%A1culo%20que%20tem%20atra%C3%ADdo,desafiados%20e%20v%C3%ADtimas%20de%20agress%C3%B5es>. Acesso em 30 out. 2022.

GAL, Global Animal Law Associação. **Declaração Universal sobre o Bem-Estar Animal** – DUBEA, 2011. Disponível em: <https://vegpedia.com/declaracoes/declaracao-universal-sobre-bem-estar-animal-dubea-2011/>. Acesso em: 28 out. 2022.

GORCZEWSKI, Clóvis; PEREIRA, Monique. O despertar de uma nova era: o novo constitucionalismo Latino-americano. In: GORCZEWSKI, Clóvis (Org.); LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Org.). **Constitucionalismo contemporâneo: cidadania e justiça**. Curitiba: Multideia, 2016. http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext. Acesso em: 28 out. 2022.

LEVAL, Laerte Fernando. Crueldade consentida - Crítica à razão antropocêntrica. **Revista Brasileira de Direito Animal**, Salvador, v.1, n. 1, 2006.

MORAES, Germana de Oliveira; FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-Americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: Os direitos de pachamama e o bem viver (Sumak Kawsay). In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

OLHAR ANIMAL. **Secretário é indiciado por exterminar 129 cães e gatos em Bom Jesus, RS**. Disponível em: <https://olharanimal.org/vereador-e-mais-dois-sao-condenados-por-mortes-de-caes-e-gatos-em-bom-jesus-rs/>. Acesso em: 03 out. 2022.

ONU. **Declaração Universal dos Direitos dos Animais**. Unesco. Bruxelas, Bélgica, 27 de janeiro de 1978. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/direitosdosanimais/files/2018/10/DeclaracaoUniversalDosDireitosdosAnimaisBruxelas1978.pdf>. Acesso em: 19 out. 2022.

RIBEIRO, Bernard Constantino; SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes. A experiência latino-americana de mudança constitucional pautada no pluralismo jurídico comunitário participativo: o caso de Bolívia e Equador. In: RODRIGUES, Nina Tricia Disconzi (Org.); SPAREMBERGER, Raquel Fabiana Lopes (Org.); CALGARO, Cleide (Org.). **Direito Constitucional Ecológico**. Porto Alegre: Editora Fi. 2017.

RIO GRANDE DO SUL, Assembleia Legislativa. **Dispõe sobre o Código Estadual do Meio Ambiente**. In: Diário Oficial do Estado, 10 jan. 2020. Disponível em :

https://ww3.al.rs.gov.br/legis/M010/M0100018.asp?Hid_IdNorma=65984&Texto=&Origem=1.

Acesso em 20 out. 2022.

SILVA, Carlos Sérgio Gurgel da. A visão antropocêntrica no Direito Ambiental brasileiro. **Revista Jurídica Luso Brasileira- RJLB**, Ano 1 (2015), n. 6. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2015/6/2015_06_0219_0241.pdf. Acesso em: 17 out. 2022.

WOLKMER, Antonio Carlos. Pluralismo crítico e perspectivas para um novo constitucionalismo na América Latina. In: MELO, Milena Petters (Org.); WOLKMER, Antonio Carlos. **Constitucionalismo Latino-Americano: tendências contemporâneas**. Curitiba: Juruá, 2013.

César Bisol¹

Priscila Silva Biandaro²

RESUMO

A dignidade humana é um tema de destaque no discurso acadêmico. Seu âmbito representa um ponto de interesse para o campo jurídico, filosófico, teológico ou político, apenas para mencionar alguns. Nesse sentido, a novidade é que busca elaborar sobre as posturas teóricas de um complexo conceito por meio de uma análise exploratória dos relatos de Jack Donnelly e James Griffin sobre direitos e dignidade humana a principal questão que esta pesquisa aborda e se propõe a responder é o seguinte: O que significa dignidade humana para a linguagem dos direitos humanos? Uma vez que este trabalho busca desdobrar o significado da dignidade humana para o discurso dos direitos humanos, o modelo de pesquisa que melhor se alinha a isso é uma postura hermenêutica associado a uma abordagem qualitativa.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos humanos; dignidade humana; consenso.

ABSTRACT

Human dignity is a prominent theme in academic discourse. Its scope represents a point of interest for the legal, philosophical, theological or political field, just to mention a few. In this sense, the novelty is that it seeks to elaborate on the theoretical positions of a complex concept through an exploratory analysis of the reports of Jack Donnelly and James Griffin on human rights and dignity. following: What does human dignity mean in the language of human rights? Since this work seeks to unfold the meaning of human dignity for the discourse of human rights, the research model that best aligns with this is a hermeneutic posture associated with a qualitative approach.

KEYWORDS: Human rights; human dignity; consensus.

¹ Mestre em filosofia – UCS, mestrando no Programa de Pós-Graduação em Direito Público da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Bolsista Capex/Proex. E-mail: cesar.bisol@hotmail.com

² Mestranda Programa de Pós-Graduação em Direito da Unilasalle, Bolsista Capes/Prosuc.

INTRODUÇÃO

Na discussão sobre a tradição dos direitos humanos, Griffin postula que isso não fornece uma “conta substantiva particular”. Ele ainda expressa um fato evidente de que a vida humana não é a mesma como a vida de “outros animais”. No entanto, Griffin não está rejeitando a existência de outros seres que poderiam compartilhar o mesmo grau de discernimento e cogitação, características que caracterizam a natureza humana. Ainda, neste caso, ele chama a atenção para o fato de que os direitos humanos devem se ajustar a novas condições que não incluem exclusivamente seres humanos. Segundo o autor, o estatuto do ser humano centra-se no “ser agente” e muitas vezes é tratado como tendo mais destaque do que “até mesmo nossa felicidade. O último implica deliberando, avaliando, escolhendo e agindo para fazer o que vemos como uma boa vida para nós mesmos.

Consequentemente, na perspectiva de Griffin, estes representam as qualidades que formam a essência humana e diferenciar os seres humanos de outras espécies. Tendo transmitido esses atributos que pertencem à humanidade, ele descreve os direitos humanos como proteções de nossa posição humana ou personalidade³. Portanto, esta conta induz a ideia de que ser uma pessoa é salvaguardado através dos princípios dos direitos humanos. (GRIFFIN, 2008, p.32).⁴

Ao basear os direitos humanos no conceito de personalidade, sua substância sofre de uma redução perceptível no sentido de que “são direitos e não a nada que promova direitos humanos bom ou florescente, mas apenas o que é necessário para o status humano”. Visto sob esta luz, os direitos humanos proteger um “estado um tanto austero”, portanto, eles representam uma declaração de vida típica porque, como o autor aponta:

Se tivéssemos direitos a tudo o que é necessário para uma vida boa ou feliz, então a linguagem dos direitos tornar-se redundante. (...). No máximo, temos direito à busca da felicidade, à base sobre a qual pode-se construir uma vida feliz, não para a própria felicidade." (GRIFFIN, 2008, p.33-34)

A possibilidade de a personalidade ser a única base para os direitos humanos é algo que Griffin olha com incerteza, principalmente porque isso os dota de imprecisão. O conceito de a personalidade afirma “o direito à segurança” a que toda pessoa tem direito. Griffin move a

³ Griffin explica o conceito de personalidade dissecando o que significa ser um agente. Portanto, o autor enfatiza os três constituintes sobre os quais a agência repousa, ou seja, a autonomia, “uma certa educação e informação mínimas”, e por último, mas não menos importante, liberdade, ou ter a liberdade de buscar “o que se vê como uma vida que vale a pena.” O relato substantivo dos direitos humanos acima referido fica mais evidente aqui. Ainda assim, as linhas a seguir contribuirão para uma visão mais ampla e estrutura concreta na compreensão do relato proposto. Griffin afirma que dois elementos formam com base nos direitos humanos, e inicia esta avaliação colocando grande destaque no conceito de personalidade. Ele vê que “a maior parte da lista convencional de direitos humanos” deriva da personalidade. (GRIFFIN, 2008, p.34).

⁴ Esta lista inclui, por exemplo, o direito à vida, na ausência do qual a personalidade não pode existir como estes dois são convergentes, assim como o direito de participar da “decisão política”, que o autor refere como “um exercício fundamental de autonomia”. Além disso, a personalidade também dá origem ao que Griffin chama uma “liberdade positiva”, que implica o “direito à educação básica e ao fornecimento mínimo necessário para existência como pessoa.” (GRIFFIN, 2008, p.30-33).

discussão até a avaliação do segundo fundamento, representado pelo que o autor chama de praticidades.

Para ele, a praticidade é necessária porque contribui para a construção do “conteúdo do direito à segurança da pessoa determinada o suficiente para ser um guia eficaz de comportamento”. (GRIFFIN, 2008, p.37). De acordo com Griffin, os aspectos práticos são universais e ilustram “características da natureza humana e natureza das sociedades humanas”. Mais especificamente, eles são:

(...) informações empíricas sobre (...) natureza e sociedades humanas, com destaque sobre os limites da compreensão e motivação humana. (...) O fundamento prático nos dá mais uma razão para limitar os direitos humanos ao direito humano normal de agentes, não agentes em geral. Praticidades são necessárias para determinar o conteúdo de muitos direitos humanos, e as considerações que eles introduzem podem muito bem ser especiais para a vida humana. (GRIFFIN, 2008, p.38).

Griffin considera um terceiro terreno potencial que é a igualdade, e a lógica por trás disso está na ideia de que os direitos humanos surgiram com o crescimento do igualitarismo, por isso é natural e compreensível que “a igualdade é um, ou mesmo em um nível profundo, o fundamento para esses direitos”. Além disso, como ele aponta, os direitos humanos são padrões morais e, nesse sentido, devem ser um reflexo da “igualdade respeito” como expressão do “próprio ponto de vista moral”. Para expandir a lista de fundamentos dos direitos humanos, então o autor está aderindo apenas aos dois fundamentos apresentados acima, ou seja, pessoalidade e aspectos práticos. O autor, portanto, conclui que essas duas formam as “condições de existência dos direitos humanos”. (GRIFFIN, 2008, p. 38-44) Griffin acredita que seu relato de personalidade ilustra uma declaração tripartida de diminuição. Nisso sentido, ele o descreve como sendo um fornecedor de “um fundamento para rejeitar certas declarações reais de direitos humanos”, caracteriza-se por uma tendência a limitar a substância dos direitos individuais e também “reduz a importância dos direitos humanos”. (GRIFFIN, 2008, p. 95)

1. A CONCEPÇÃO DE GRIFFIN SOBRE A DIGNIDADE HUMANA

Como revelado até aqui, uma das principais preocupações de Griffin é engendrar um significado do que a noção de direitos humanos implica. Para atingir esse objetivo, ele está apresentando a premissa de que os direitos humanos são a égide de nossa “agência normativa”. Assim, os direitos humanos são vistos como os defensores do ser humano, ou seja, personalidade ou agência normativa. Ele descreve o conceito da agência normativa como a típica condição humana que tem a ver com “nossa capacidade de escolher e perseguir nossa concepção de uma vida digna”. (GRIFFIN, 2008, p.45)

Assim, para Griffin, agência normativa é uma expressão clara da existência humana que abrange a capacidade discernir o certo do errado e buscar uma vida valiosa. No cerne da compreensão de dignidade de Griffin está o conceito de agência normativa, que ele está se valendo para mostrar que o último compreende o primeiro. Em outras palavras, a dignidade humana está ligada à nossa personalidade. No entanto, como aponta o autor, os direitos humanos são “destinados a proteger a dignidade de seres humanos perfeitamente comuns”. (GRIFFIN, 2008, p.226). Mas o que isso implica, mais especificamente? Aparentemente, sua postulação induz a ideia de que aqueles que têm problemas médicos específicos que os impedem de pensar e raciocinar não estão, portanto, encerrados em seu modo de compreender o ser humano direitos defendem a dignidade humana. E a ideia é endossada pelo autor na discussão sobre quem é considerado um agente normativo. Nesse sentido, o autor está diminuindo a lista de agentes ao afirmar este:

Os bebês humanos não são agentes normativos. Nem os fetos humanos, nem os gravemente deficientes mentais, nem sofrem de demência avançada. Ao discutir se as crianças podem ser considerados “agentes potenciais” ou não, ele expõe que “a ideia de potencialidade” e “sua vulnerabilidade de si mesma” não são convincentes o suficiente para afirmar “que as crianças são portadoras de direitos. (GRIFFIN, 2008, p.85, tradução nossa)

Consequentemente, na visão de Griffin, a agência normativa não é automaticamente implícita em virtude de ser humano. Em outras palavras, a agência normativa não é algo inerente, mas sim seletivo porque seu âmbito envolve critérios específicos a serem cumpridos para ser chamado de agente normativo como a capacidade para discernir entre o errado e o bom ou a razão. Por outro lado, pessoas incapazes de raciocinar e fazer julgamentos ou buscar o que Griffin chama de uma “vida digna” não estão incluídos na compreensão agência normativa.

Griffin vê a dignidade humana através das lentes da autonomia. Para ele, esse é um elemento que forma a essência da dignidade humana. A partir dessa perspectiva, ele afirma que a justificativa para o aumento dos direitos humanos tem a ver com salvaguardar os elementos que constituem a dignidade humana, ou seja, “a vida, autonomia e liberdade do indivíduo”. (GRIFFIN, 2008, p.249).

A autonomia representa um conceito central na discussão de Griffin sobre direitos humanos e dignidade humana. Conforme discutido, a autonomia é uma das características da agência normativa. Ao avaliar seus méritos, o autor destaca que a autonomia está relacionada a ser constitutiva da dignidade da pessoa humana.

Assim, revela-se que o relato de dignidade de Griffin é fundamentado na ideia de agência. Posteriormente, o autor esclarece o significado da dignidade humana que representa uma preocupação para seu raciocínio. A partir dessa perspectiva, ele argumenta que há vários usos aceitáveis da dignidade não relevantes para os direitos humanos: por exemplo, a dignidade que

deve ser apropriadamente concedida a uma pessoa profundamente na demência ou mesmo no cadáver de uma pessoa.

Como refletido aqui, Griffin distingue entre o conceito de dignidade humana ligado aos direitos humanos e algumas interpretações de dignidade que, segundo ele, não são. Então, de acordo com isso, alguém que não consegue raciocinar tem direito a uma forma especial de dignidade adequada para aquela situação particular. Griffin descreve a dignidade pertinente a direitos humanos como tendo “um status altamente valorizado” expresso pelo fato de que “somos agentes”. A partir desta perspectiva, através da conta pessoal dos direitos humanos, a agência torna-se a “interpretação da dignidade da pessoa humana quando essa frase é o uso de o fundamento dos direitos humanos” (GRIFFIN, 2008, p.152)

Para Griffin, a afirmação de que “outras formas de vida animal” não têm direito a uma dignidade representando um apêndice exclusivo de nossa personalidade é evidente e pode ser compreendido sem quaisquer problemas. Para ele, o processo de explicar por que o conceito complementa nosso “status como agentes normativos” não deve proceder exclusivamente da dignidade aos direitos humanos. Em outras palavras, a noção não precisa ser o argumento principal nessa discussão ligada aos direitos humanos, ele se refere à dignidade como sendo um termo “vago”.⁵ Para seu entendimento, é necessário divulgar para delinear o que direitos humanos implicam. Consequentemente, na aceitação de Griffin, os direitos humanos representam um método para compreender a dignidade humana. (GRIFFIN, 2008, p. 66)

Griffin distingue entre dois contextos diferentes para o emprego da palavra pessoa. A primeira é “um relato do que constitui a identidade pessoal”, e a segunda tem a ver com a descrição de um “status especialmente valorizado, a dignidade da pessoa humana, ou, como foi captado em um período anterior, o valor que vem de ser feito a imagem de Deus”. Suponha que uma pessoa em particular é considerada importante do ponto de vista moral. Nesse caso, isso não equivale a que com base “neste critério de identidade”, tudo o que é semelhante a essa pessoa é “tão moralmente significativo”. Ele está firmemente convencido disso e, nesse sentido, está enfatizando que “seria a mais clara para argumentar que, como uma pessoa adulta normalmente tem direitos humanos, qualquer coisa que seja igual pessoa como ela tem direitos humanos”. (GRIFFIN, 2008, p.86-87, tradução nossa) Então, Griffin é muito direto em delineando a quem pertencem os direitos humanos e, portanto, quem é considerado um agente normativo.

⁵ Ao discorrer sobre a dignidade humana, o autor destaca que seu cerne é representado pela autonomia e liberdade. Nesse sentido, ele aponta a improbabilidade de erradicar a dignidade humana desenhando sobre o seguinte exemplo “você não pode destruir minha dignidade só porque estou iludido, ou desesperado, o suficiente para lhe dar permissão”. (GRIFFIN, 2008, p. 327, tradução nossa)

No entanto, como ele coloca, as categorias de pessoas⁶ que carecem de agência normativa não permanecem sem a proteção de um aparato de direitos afins aos direitos humanos. Nesse sentido, ele encontra a solução para esta questão fora do sistema de direitos humanos. Assim ele afirma que:

Os direitos humanos abrangem apenas uma parte especial da moralidade; existem muitos direitos altamente importantes domínios morais fora do domínio dos direitos humanos: por exemplo, certas considerações de justiça e justiça, algumas formas de igualdade e muitos casos de crueldade de uma pessoa para com outra. Se tanto de tão grande importância moral está fora do domínio dos direitos humanos, podem os bebês, os deficientes mentais graves e os que sofrem de demência avançada não encontrar a proteção que merece lá? (GRIFFIN, 2008, p.95, tradução nossa)

Ao discutir a relatividade dos direitos humanos, Griffin endossa a ideia amplamente propagada de que os direitos humanos representam um resultado da tradição ocidental. Nesse sentido, ele aponta que eles fizeram parte do crescimento do individualismo naquele tempo e lugar específicos, eles faziam parte de um novo sentido em Europa e Américas da 'dignidade do homem' e o grande valor da autonomia e liberdade humanas.

Griffin infere a ideia de que os direitos humanos estão enraizados na autonomia e na liberdade que, segundo ele, representam “valores peculiarmente ocidentais”. Consequentemente, o autor usa isso para justificar sua dependência dos princípios típicos que pertencem o mundo ocidental. Nesse sentido, não só está implícito que os direitos humanos são um “produto do Ocidente”, mas que também são relativos aos “valores do Ocidente”. Como aponta o autor, a autonomia está ligada à “dignidade peculiar da pessoa humana” para algumas sociedades.⁷ Ao contrário, em outras culturas, a autonomia é percebida como constituindo uma “ameaça de atomismo social”⁸. (GRIFFIN, 2008, p. 133)

Assim, a dignidade humana deriva do “valor que atribuímos à nossa agência normativa”. Diante disso, os direitos humanos devem salvaguardar um ou outro componente da agência, e

⁶ Griffin distingue entre dois contextos diferentes para o emprego da palavra pessoa. A primeira é “um relato do que constitui a identidade pessoal”, e a segunda tem a ver com a descrição de um “status especialmente valorizado, a dignidade da pessoa humana, ou, como foi captado em um período anterior, o valor que vem de ser feito a imagem de Deus”. Suponha que uma pessoa em particular é considerada importante do ponto de vista moral. Nesse caso, isso não equivale a que com base “neste critério de identidade”, tudo o que é semelhante a essa pessoa é “tão moralmente significativo”. Ele está firmemente convencido disso e, nesse sentido, está enfatizando que “seria a mais clara para argumentar que, como uma pessoa adulta normalmente tem direitos humanos, qualquer coisa que seja igual pessoa como ela tem direitos humanos”. (GRIFFIN, 2008, p.86-87, tradução nossa) Então, Griffin é muito direto em delineando a quem pertencem os direitos humanos e, portanto, quem é considerado um agente normativo.

⁷ Outro ponto de preocupação para Griffin nesta fase é o que ele chama de “o problema de etnocentrismo”, que ele explica fazendo alusão à aplicabilidade universal dos direitos humanos. Nesse sentido, como observa o autor, os direitos humanos não podem ser considerados “universalmente autoritários” se a única maneira acessível de os explicar é uma expressão das ideias ocidentais. Este suposto problema pode encontrar uma solução em uma premissa imparcial que fundamenta os direitos humanos, uma premissa passível de ser respeitada e obedecidos por aquilo a que ele se refere como todos os “seres racionais”. Na tentativa de buscar uma “cultura menos etnocêntrica abordagem”, Griffin propõe a ideia de que a compreensão da “dignidade da pessoa humana”, que “de acordo com as Nações Unidas, é o fundamento dos direitos humanos”, deve ser buscado no nível local, em cada sociedade. (GRIFFIN, 2008, p. 137-139)

⁸ Griffin traça um paralelo entre seu relato e o relato dos “redatores” sobre a dignidade em discutindo filosofia e direito internacional. A peculiaridade da concepção de dignidade humana de Griffin reside na ênfase colocada em pessoas que são entendidas como agentes normativos.

isso leva a que sua conta fique confinada entre certos limites especificados. Assim, a falta de permissividade o caracteriza. Em outras palavras, a vida é um pré-requisito da agência normativa. Assim, o direito à vida caracteriza nosso status humano e, portanto, abrange nossa existência como agentes normativos. No entanto, o direito à vida não comporta o objetivo primordial de gozar do que o autor chama de um bem, realizado, vida florescente já que nenhum dos direitos humanos estipula isso em seu conteúdo porque tornaria enormes exigências sobre os outros. Para Griffin, o direito à vida está inteiramente ligado à ideia de como agentes normativos. Além disso, como ele aponta, a base subjacente para a direitos expressos através da conta pessoal é o alto valor atribuído a certas características que resumimos sob o título pessoalidade. (GRIFFIN, 2008, p. 97-98)

2. OBSERVAÇÕES SOBRE A CONCEPÇÃO DE GRIFFIN SOBRE OS DIREITOS HUMANOS E A DIGNIDADE HUMANA

Griffin merece muito crédito por sua abordagem perspicaz que constitui uma valiosa contribuição para a filosofia dos direitos humanos. A análise de suas teorias trouxe um vasto espectro de ideias que ajudam a iluminar a complexidade entre direitos humanos e dignidade humana. Inquestionavelmente, sua profunda postura filosófica representa uma ferramenta teórica indispensável para este estudo. Ainda como no caso de Donnelly, a análise exploratória foi realizada exclusivamente pelas lentes do autor, significando que a voz da pesquisadora não interferiu na argumentação. Por uma questão de simetria, a exploração do relato de Griffin requer uma seção distinta que aborda algumas de suas teorias, desta vez de um ponto de vista analítico.

Para Griffin, autonomia, bem-estar (prestação mínima) e liberdade constituem o que ele chama de “trio de direitos de alto nível”. (2008, p. 149). Esses direitos são universais e abrangem sob sua intitula todos os direitos relacionados. A abordagem de Griffin aos direitos humanos me lembra a lista de John Rawls de direitos. O autor acredita que “a liberdade não é um direito a uma vida que valha a pena, mas apenas um direito a persegui-lo sem mais impedimentos do que os impostos pela mãe natureza, inclusive com destaque, natureza humana”. (GRIFFIN, 2008, p.168).

Esta postulação é semelhante à conta de capacidade de Martha Nussbaum, um destaque no contexto acadêmico. As dez capacidades centrais desenvolvidas por Nussbaum representam um marco para a busca de uma “vida digna e minimamente florescente” e assim responde à pergunta O que requer uma vida digna da dignidade humana? (NUSSBAUM, 2011, p. 32-33)

Um tema recorrente ao longo de todo o raciocínio é que os direitos humanos sofrem com o que ele chama de indeterminação de sentido. Essa falta de conteúdo que caracteriza os direitos humanos constitui uma de suas principais preocupações durante a argumentação. Assim, Griffin

afirma que os direitos humanos são mal definidos e que isso afeta a linguagem contemporânea dos direitos humanos. Mas se este for o caso, qual é a abordagem do autor a esta postulação? A solução proposta por Griffin é aterrar direitos humanos na personalidade ou agência normativa. Nesse sentido, acredita que:

(...) temos uma melhor chance de melhorar o discurso dos direitos humanos se estipularmos que apenas os agentes normativos carregam direitos humanos - sem exceções: não bebês, não deficientes mentais graves, não aqueles em situação permanente estado vegetativo, e assim por diante. Para que o discurso seja aprimorado, os critérios de uso correto e incorreto do termo deve ser bastante amplamente acordado. (GRIFFIN, 2008, p. 92)

Na visão de Griffin, ser um ser humano não implica automaticamente em personalidade. De outra forma, a agência normativa não é inerente, mas sim seletiva no sentido de que seu domínio envolve critérios específicos a serem atendidos para ser chamado de agente normativo como, por exemplo, a capacidade de discernir entre o errado e o bom ou raciocinar. Autonomia e liberdade são, para Griffin, os elementos na definição de um agente normativo. Com base em seu relato de personalidade, os direitos humanos carecem da dimensão universal porque, como ele aponta, “estão restritos à subclasse dos agentes”. (GRIFFIN, 2008, p. 50)

Ainda que limite a aplicação dos direitos humanos apenas àqueles que são agentes, Griffin não deixa as outras pessoas fora de qualquer forma de proteção. Nesse sentido, ele apela a padrões fundamentados na moralidade para defender a categoria de não agentes. Ainda assim, o principal problema com a conta pessoal de Griffin é que ela exclui pessoas vulneráveis e aqueles que são incapazes de raciocinar, fazer julgamentos ou perseguir o que Griffin chama de "vida valiosa" de a própria proteção dos direitos humanos. Apesar da maturidade intelectual e da distinção em abordando o tema dos direitos humanos, o relato de Griffin falha em me persuadir. Nesse sentido, minha convicção é que o relato da personalidade de Griffin desafia a ideologia dos direitos humanos, ou seja, a características intrínsecas e universais e a dignidade humana. Mas mesmo que eu discorde de sua premissa neste contexto, não posso negar que ele fornece uma sólida base teórica para o campo dos direitos humanos.

À luz de seu relato, as pessoas que não são agentes normativos não possuem nem direitos humanos nem dignidade. No que diz respeito à dignidade, Griffin afirma que “o coração da nossa dignidade é a autonomia e a liberdade”. (GRIFFIN, 2008, p. 252). Desnecessário mencionar que algumas condições físicas ou mentais impedem o estado de sendo autônomo. Sua visão carece de abrangência, encapsula um paradoxo e refuta a ideia de que os direitos humanos são inerentes. Em vez disso, como ele coloca, eles dependem de serem um agente normativo.

Nesse sentido, ele limita a esfera de aplicabilidade dos direitos humanos apenas àqueles que cumprem os requisitos que se alinham com sua conta pessoal. Dessa perspectiva, não é

surpreendente que o relato da personalidade de Griffin seja um objeto de discórdia no meio acadêmico. Uma das vozes acadêmicas que criticam sua visão é João Tasioulas. Ao discutir a dignidade humana e os fundamentos dos direitos humanos, Tasioulas refere-se a conta pessoal de Griffin como uma objeção à conta baseada em juro. Como ele diz, a questão com o relato da personalidade reside no fato de que priva algumas pessoas de serem sujeitos de direitos. Nesse sentido, ele afirma que:

Isso desqualifica um número alarmante de seres humanos de ter quaisquer direitos humanos - todos aqueles membros da espécie que não são, ou não são mais, agentes normativos: não apenas fetos, mas também recém-nascidos, lactentes e pessoas que sofrem de deficiências mentais graves ou em estados vegetativos. (TASIOULAS, 2013, p 302-303, tradução nossa)

Endosso a visão de Tasioulas porque reflete minha crença de que o relato de Griffin ilustra uma declaração de discriminação. Mostra uma atitude injusta e preconceituosa distinção com base na racionalidade. Com base nessa distinção, os direitos humanos não são tão inclusivos como deveriam ser, mas se aplicam exclusivamente a agentes normativos, portanto, aqueles que podem raciocinar.

3. O QUE SIGNIFICA DIGNIDADE HUMANA PARA A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS NA OBRA DE GRIFFIN?

Griffin acredita que os direitos humanos defendem nossa agência normativa; daí a linguagem de os direitos humanos são mais bem reservados para seres capazes de arbítrio. Ele constrói sua conta em humana dignidade em torno do conceito de personalidade. O que fundamenta a ideia de dignidade é a agência normativa. Embora longe de ser o principal ponto de preocupação de seu raciocínio, a dignidade humana é suficientemente discutida para mostrar o lugar da noção ao longo da argumentação. Consequentemente, o significado de dignidade humana para a linguagem dos direitos humanos gira em torno da agência normativa na concepção de Griffin⁹.

Na visão de Griffin, a dignidade humana não parece ter a interpretação tradicional de uma característica intrínseca atribuída ao ser humano. Em vez disso, depende do cumprimento das premissas que caracterizam a personalidade. Dado que os direitos humanos são limitados apenas às pessoas dotadas da capacidade de raciocinar, a dignidade humana segue implicitamente o mesmo padrão. Assim, seu significado para o ser humano a linguagem dos

⁹ Nesse sentido, essa noção inclui o conceito de dignidade humana. Outro ponto focal no Griffin's concepção de dignidade humana é a autonomia. Ele vê a dignidade humana como dependente da autonomia. Inversamente, na sua ausência, uma pessoa não tem direito a essa dignidade humana especialmente reservada aos agentes, mas a um tipo particular de dignidade talhada para aquele caso específico.

direitos consiste no que Griffin descreve como um status altamente valorizado. E o que expressa essa posição valiosa é a própria agência normativa.

Para Griffin, a dignidade humana é um termo vago para cuja compreensão é necessário divulgar o que são direitos humanos. Ele vê os direitos humanos como um método essencial para a compreensão da dignidade humana. Neste ponto, o emaranhado da dignidade humana para a linguagem dos direitos humanos torna-se visível na aceitação de Griffin. Ao relacionar os dois conceitos, o autor mostra sua inextricabilidade e aponta para a ideia de que a dignidade humana tem uma natureza pouco clara sem a envolvimento dos direitos humanos. Diante disso, conhecer os direitos humanos permite que a dignidade humana atinja sua precisão. Também é importante mencionar que a autonomia representa a quintessência da dignidade na opinião de Griffin. Assim, a dignidade humana não é intrínseca e depende de ser autônomo.

Aqui, o autor alinha-se com Kant, que fundamenta o conceito tanto na autonomia quanto na razão. Por outro lado, Donnelly refere-se aos meios para atingir a dignidade humana e, nesse sentido, ele afirma que os direitos humanos constituem um caminho nessa direção. Então, há um exclusivo método para alcançar a dignidade humana, mas vários direitos humanos representando apenas um deles. Em contraste, na concepção de Griffin, parece que para ele, a única condição para apreender o sentido da dignidade é através dos direitos humanos. Além disso, a compreensão de Donnelly sobre a dignidade humana é uma fusão entre o caráter fundacional do conceito e sua impossibilidade de análise. Para ele, a dignidade humana possui mais de uma característica específica. E é isso que ele defende ao reivindicar que a dignidade humana é um conceito intermediário através do qual os direitos humanos se conectam a doutrinas. Assim, como aponta o autor: “a dignidade humana é uma noção quase fundamental que é mais profunda do que os direitos humanos, mas sobre a qual é apenas um consenso sobreposto”¹⁰. (DONNELLY, 2013, p. 131)

Nessa perspectiva, o que diferencia os dois relatos, nesse caso, é a forma como os autores veja a ligação entre os dois conceitos e como eles relacionam a autonomia com a dignidade humana. Autonomia desempenha um papel essencial na sua compreensão da dignidade humana. No entanto, as perspectivas são diferentes. Por Griffin, a autonomia é um pré-requisito para a dignidade humana. Por outro lado, Donnelly vê o conceito sob uma ótica liberal, sendo a autonomia e a igualdade os principais traços que conformam a dignidade humana

¹⁰ Nesse sentido, para Donnelly, a dignidade humana tem uma natureza supostamente fundacional e, em comparação com os direitos humanos, encapsula um grau mais alto de profundidade. Um elemento essencial de seu raciocínio sobre a dignidade humana é que sua especificidade as características (as diferentes doutrinas compreensivas) se imbricam; eles lambem um ao outro, e eles fundem-se em um estado de concordância. Isso leva a várias maneiras de reconhecer a dignidade humana de acordo com cada conjunto de crenças da sociedade. Na visão de Donnelly, o corpus da lei internacional de direitos humanos e as políticas governamentais influenciam muito nossas formas de compreender a dignidade humana. Donnelly acredita que a crescente importância dos direitos humanos faz com que sua relação com a dignidade humana seja progressivamente entendida a partir de uma dimensão normativa.

base. Enquanto Griffin coloca a dignidade humana diretamente nos direitos humanos, mostrando a dependência deste último, Donnelly defende uma compreensão mais aberta e dinâmica do ser humano dignidade, o que ilustra sua predisposição para vê-lo através de mais de uma lente.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo foi um extenso percurso de conhecimento que culminou com uma compreensão da dignidade humana e suas implicações para a linguagem dos direitos humanos que tem procurado descobrir as complexidades teóricas da dignidade humana e seu significado para a linguagem dos direitos por meio de uma análise exploratória das contas de Jack Donnelly e James Griffin. Além disso, baseou-se na premissa teórica de que os direitos humanos e a dignidade humana estão interligados, e seu *link* é inextricável. Porque esta ligação entre os dois conceitos é muito mais profunda e intrincada do que vemos da superfície, uma análise teórica aprofundada foi a forma mais adequada de responder à questão de investigação que norteia este estudo.

Mesmo que a linguagem dos direitos humanos seja muito expressiva em transmitir o papel essencial da dignidade humana para o seu sistema e aponta para a sua contingência, características notáveis pertencentes a este nexos não são passíveis de serem descobertas sem um sólido périplo teórico. Isso justifica porque uma análise exploratória foi o método preferido porque permitiu uma exposição completa das teorias sobre os dois conceitos. Nesse sentido, os autores linhas de pensamento constituíram a fundamentação teórica deste artigo e sua fundamentação.

As visões de Donnelly e Griffin forneceram ao estudo uma compreensão perspicaz de dignidade humana e direitos humanos. A distinção desta análise exploratória reside na diferença marcante entre suas contas. No entanto, esse contraste beneficia este estudo porque destaca duas perspectivas únicas e eminentes dentro do contexto acadêmico. De um modo geral, as ideias que emanam da exposição de suas linhas de pensamento renderam um alto grau de som julgamento e contribuiu para enriquecer a discussão.

Os raciocínios de Donnelly e Griffin. Então, o que significa dignidade humana para a linguagem dos direitos? Ao nosso ver, a dignidade humana é o valor último que dá coerência à linguagem dos direitos humanos e que encapsula sua essência. A dignidade humana é um conceito poderoso que carrega um enorme significado para a humanidade. A ideia de tratar as pessoas com respeito só porque são seres humanos é sagrado. É isso que afirma a dignidade humana, e é por isso que sua ideologia é melhor articulada através da linguagem dos direitos humanos e vice-versa. Os direitos humanos surgiram desejo de reconhecer a dignidade humana como uma característica intrínseca que reside em cada ser humano e que está no centro de seu

sistema. Para a linguagem dos direitos humanos, dignidade humana significa justificação. Nesse sentido, o conceito mostra porque as pessoas têm o direito de não serem tratadas em motivos discriminatórios, por exemplo, porque isso significaria uma afronta à sua dignidade.

Para salvaguardar os direitos humanos significa salvaguardar a própria dignidade humana. Como a discussão mostrou, a dignidade humana tem vários significados para a linguagem dos direitos humanos. Nesse sentido, não há uma definição universalmente aceita do que o conceito implica. A miríade de argumentos sobre a essência da dignidade humana e suas implicações para o ser humano a linguagem dos direitos reflete sua heterogeneidade teórica. Além disso, isso contribui para a dignidade humana complexidade e sugere que sua compreensão não é isenta de desafios. Pelas lentes de Donnelly, o conceito tem uma aparente natureza fundacional e desempenha um papel vital no discurso dos direitos humanos.

Para concluir, este estudo revelou que a dignidade humana desempenha um papel essencial na linguagem dos direitos humanos. Seu significado está em sua substância que explica ainda mais sua praticidade para direitos humanos. A análise exploratória de duas visões contrastantes enfatizou a dignidade humana importância para os direitos humanos. Além disso, defendeu a premissa teórica de que os dois conceitos estão conectados de maneira tão forte que sua separação implicaria uma incapacidade de compreender um na ausência de outro. A falta de unanimidade quanto à sua importância não impede a onipresença da dignidade. A dignidade humana é um conceito poderoso e indispensável, e sua voz robusta nunca deixará de expressar sua posição ideológica através da linguagem dos direitos humanos.

REFERÊNCIAS

DONNELLY, Jack. **Universal Human Rights in Theory and Practice**. Cornell University Press. 2013

GRIFFIN, James. **Do Children Have Rights?, in The Moral and Political Status of Children: New Essays**, D. Archard and C. Macleod (eds.), Oxford: Oxford University Press: 2002

GRIFFIN, James. **On Human Rights**. Oxford University Press Inc. 2008.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Trad. Guido Antônio de Almeida. Edição bilíngue. São Paulo: Discurso Editorial/Barcarolla, 2009.

NUSSBAUM, Martha. **Creating capabilities: the human development approach**. Cambridge, Mass: Belknap Press of Harvard University Press. 2011.

FATORES GERADORES DO REFÚGIO CLIMÁTICO E A IMPORTÂNCIA DE AMPARO LEGISLATIVO

GENERATING FACTORS OF CLIMATE REFUGE AND THE IMPORTANCE OF LEGISLATIVE SUPPORT

Monique Inês Péres¹

Micheli Piucco²

RESUMO

Os deslocamentos climáticos vêm enquadrando faixas populacionais na condição de refugiados em decorrência de catástrofes ambientais e fatores climáticos que tornam inviável a permanência no país de origem, forçando-os a deslocarem-se para além de suas fronteiras em busca de condições dignas de sobrevivência. Nesse sentido, o presente trabalho tem como objetivo delinear o refúgio climático e a importância da adoção de medidas legislativas amparadoras a tais indivíduos, bem como a conscientização ambiental, com o intuito de evitar tais fenômenos, especialmente a partir da perspectiva dos novos contornos sobre o tema no direito internacional. O presente trabalho utiliza o método dedutivo de procedimento e análise e como técnica de pesquisa a legal-bibliográfica com aporte em instrumentos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Catástrofes ambientais. Direitos Internacional. Refugiados Climáticos.

ABSTRACT

Climatic displacements have been framing population groups as refugees as a result of environmental catastrophes and climatic factors that make staying in the country of origin unfeasible, forcing them to move beyond their borders in search of decent conditions for survival. In this sense, the present work aims to outline the climate refuge and the importance of adopting legislative measures to support such individuals, as well as environmental awareness, in order to avoid such phenomena, especially from the perspective of the new contours on the topic in international law. The present work uses the deductive method of procedure and analysis and as a research technique the legal-bibliographic one with contribution to international instruments.

¹ Graduanda em Direito pela Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 183610@upf.br.

² Doutoranda em Direito - PPGD/UNISC com período sanduíche na Universidad de Burgos - Espanha (PSDE/CAPES). Mestra em Direito. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora da Universidade de Passo Fundo na Graduação em Direito e nos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado e Educação em Direitos Humanos para Juventude. Professora Colaboradora no Grupo de Pesquisa: "A efetividade dos Direitos Humanos no Plano Internacional: Migração e Refúgio". E-mail: michelipiucco@upf.br.

KEY-WORDS: Environmental catastrophes. International Rights. Climate Refugees.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo analisar o refúgio climático, abordando quem se enquadra nesta condição, fatores que tendem a ocasioná-lo, sob um enfoque constitucional, bem como embasando-se nos direitos humanos, trazendo a necessidade do enquadramento e criação de legislações que amparem tais indivíduos.

Os objetivos são relatar sobre o tema, trazer fatos geradores e informações que visam conscientizar, através da efetivação e demonstração dos princípios e dimensões de direitos que incidem na temática enfrentada, esclarecer questões atinentes a nacionalidade dos indivíduos, necessidade de amparo legislativo para com estes, e aspectos relevantes da preservação ambiental.

Deslocamentos climáticos enquadram faixas populacionais na condição de refugiados em decorrência de catástrofes ambientais e fatores climáticos que tornam inviável a permanência no país, forçando-os a deslocarem-se a outros países em busca de reestabelecer um local para residir. A problemática enfrentada é de enquadramento no termo “refugiados ambientais”, considerando que alguns organismos não reconhecem essa categoria, bem como, atrelado ao fato de que não há previsão normativa, nem na Convenção relativa ao Estatuto de Refugiados de Genebra de 1951, que discorra ou enquadre tal categoria como refugiados.

Em análise, algumas atitudes vêm sendo adotadas como, por exemplo, a Opinião Consultiva OC-23/17: Meio Ambiente e Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual discorre acerca de um meio ambiente saudável associando com os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais. No mesmo sentido, o Ato Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados tem tomado decisões que consideram o refúgio climático como uma possibilidade de refúgio pautado na violação de direitos humanos, sendo decisão do Comitê que apoia essa proteção.

O refúgio climático ocorre devido a uma série de efeitos colaterais decorrentes do abuso de práticas ambientais degradantes e crimes ambientais que ocasionam catástrofes climáticas, interferindo diretamente na vida de faixas populacionais, e em seus efeitos mais graves, a extinção do referido Estado. Mostrando a importância de buscar amparo legal, embasando-se nos direitos humanos e direito constitucional, além de contar com o apoio de organismos e órgãos internacionais, para que haja um enquadramento específico e eficiente aos refugiados climáticos.

O artigo está organizado em quatro partes. Na primeira nos relata os fatores e fenômenos

que enquadram os indivíduos em refugiados climáticos. No segundo momento, discorre sobre as nuances constitucionais, sob o viés dos direitos humanos, bem como questões relativas à nacionalidade. Na terceira parte abordam-se dados e informações referentes ao refúgio climático. E por fim, a quarta parte, discorre acerca da importância de uma legislação efetiva e específica para tal situação, especialmente pela sua decorrente e atual temática.

O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que possui como base lógica operacional o método dedutivo. Como instrumento para a realização do processo investigatório, utiliza-se a técnica bibliográfica, com suporte em instrumentos normativos internacionais, além de fontes bibliográficas e jurisprudenciais.

1. FATORES DO REFÚGIO CLIMÁTICO

São considerados deslocados ambientais, também denominados refugiados climáticos, eco refugiados, migrantes climáticos, todos os indivíduos que sofreram com tragédias naturais, elevação do nível do mar e fatores que englobam questões ambientais que tornam inviável permanecer no local em que encontram-se.

Entretanto, a problemática enfrentada é a de enquadramento no termo “refugiados ambientais”, considerando que alguns organismos não reconhecem essa categoria, bem como, atrelado ao fato de que não há previsão normativa, considerando que a Convenção das Nações Unidas Relativa ao Estatuto de Refugiados de 1951, não discorre ou enquadre tal categoria como refugiados. Logo, muitos utilizam o termo migrante climático, por tratar-se de um fenômeno migratório, conforme Wedy.³

Nesse sentido, destaca-se que mudar a categoria de migrantes climáticos para refugiados climáticos possui alterações quanto a proteção internacional as pessoas que figuram nessas situações. O refugiado, em decorrência de tratar-se de uma migração forçada, possui proteção internacional, enquanto a migração voluntária não possui proteção internacional e rege-se pelo direito interno dos Estados.

Considerando os avanços em escala global é necessário que o direito internacional busque atualizações para poder adequar-se as atualidades e, principalmente, amparar o refúgio climático. Em análise, tem-se que, algumas atitudes vem sendo adotadas com tal intuito como,

³ WEDY, Gabriel; FERRI, Giovani. **Mudanças climáticas e migrações ambientais no cenário contemporâneo**. Revista de Direito Ambiental. vol. 106. ano 27. p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000182d553fb4aa7e923bf&docguid=le5aa2cc0c66e11ecacd19beab008bf90&hitguid=le5aa2cc0c66e11ecacd19beab008bf90&spos=2&epos=2&td=54&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 04.

por exemplo, a Opinião Consultiva OC-23/17: Meio Ambiente e Direitos Humanos, da Corte Interamericana de Direitos Humanos, a qual discorre acerca de um meio ambiente saudável associando com os direitos humanos, econômicos, sociais e culturais.⁴

Além disso, destacou o dever de responsabilização dos Estados com o intuito de garantir uma proteção ambiental satisfatória e garantidora dos direitos humanos e ambientais de todos os residentes em seus territórios. Nesse sentido:

Voltando à análise da OC-23/17 em termos jurídicos, na oportunidade, foram fixados pela Corte IDH deveres e obrigações oponíveis aos Estados para a adequada e satisfatória proteção do meio ambiente. Sendo ainda certo que, conforme destacado pela Corte IDH, ademais de os Estados que compõem o Sistema de Proteção Regional Interamericano estarem obrigados a respeitar e garantir os direitos humanos de todas as pessoas em seus territórios, devem ainda observar, segundo a necessidade de cada caso concreto (considerando a excepcionalmente e gravidade das situações), o respeito a tais direitos para além de seus limites territoriais, inclusive.⁵

A problemática enfrentada é a de enquadrar tais indivíduos em uma proteção internacional específica, vez que estes não estão protegidos pela Convenção de 1951 ou outro tratado especial, sujeitando-se a políticas migratórias de cada Estado que irão buscar refugiarem-se.

Conforme abordado por Liliana Lyra Jubilut, tais pessoas ficam assim não somente deslocadas, mas também desprovidas de proteção internacional específica uma vez que não se enquadram na proteção concedida pelo Direito Internacional dos Refugiados, estando em situação similar à dos migrantes forçados por questões econômicas.⁶

Destaca-se que os principais afetados estão sendo aqueles que vivem em regiões costeiras, que sofrem com o aumento do nível do mar no decorrer dos anos, situação que cada vez mais vem se agravando. Segundo Ferrero, o aumento do nível do mar tem decorrido de questões como a variação da temperatura com o aquecimento dos oceanos e da salinidade (adoçamento).⁷

Diversas pesquisas na área têm demonstrado os fatores geradores de tais fenômenos, sendo o aquecimento global, movimento de placas tectônicas, derretimento de geleiras, desastres naturais, aumento do nível marítimo, desertificação, terremotos e tantos outros, sendo evidente que as consequências de tais fenômenos ocorrerão em grandes proporções e irão abarcar grandes faixas populacionais.⁸ Vez que não há como precisar a magnitude que uma

⁴ CORTE IDH. **Opinião Consultiva OC-23/17, médio ambiente y derechos humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁵ ALMEIDA, Raquel Santos de. **OPINIÃO CONSULTA OC-23/17 MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<https://nidh.com.br/oc23>>. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 01.

⁶ JUBILUT, Liliana Lyra; **Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007, p. 169.

⁷ FERRERO, Bruno. **Variabilidade e aumento do nível do mar em simulações climáticas**. São Paulo, 3 dez. 2020. Disponível em: <[file:///C:/Users/miperes/Downloads/Tese_Ferrero_Bruno_Corrigida%20\(2\).pd](file:///C:/Users/miperes/Downloads/Tese_Ferrero_Bruno_Corrigida%20(2).pd)>. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 29.

⁸ CERQUEIRA, Wagner de. **CONSEQUÊNCIAS DO AQUECIMENTO GLOBAL**. UOL. Disponível em: <<https://brasilescola.uol.com.br/geografia/consequencias-do-aquecimento-global.htm>>. Acesso em 7 de nov. de 2022.

catástrofe climática pode atingir é algo imprevisível a todos.

Além disso, destaca-se que os crimes ambientais e atitudes degradantes são os principais fatores desencadeadores da crise que estamos enfrentando. O excesso de poluição e a falta de adoção de medidas sustentáveis são pontos centrais nesse contexto. Nesse sentido:

Os problemas ambientais relacionados com o buraco de ozono ou com as alterações climáticas apresentam-se como um dos maiores flagelos atuais. Sentimos diariamente os malefícios dos nossos próprios danos ao ambiente, com temperaturas muito quentes ou muito frias para as épocas e com o perigo de submersão de pequenas ilhas, como o Tuvalu, que enfrenta anualmente uma operação de evacuação da população devido ao aquecimento global”.⁸

São perceptíveis os efeitos colaterais provocados pelas mudanças climáticas, tais como as oscilações de temperatura, invertendo e miscigenando as estações climáticas, fenômenos que antes eram exceções, tais como ciclones, terremotos, hoje têm se mostrado recorrentes. Além disso, o planeta tem enfrentado um aquecimento global que vem crescendo gradualmente, além da escassez de água em alguns locais.

Em noticiários e pesquisas é cada vez mais frequente a abordagem do tema. Tais fenômenos climáticos tendem a ocasionar inundações, escassez de água, tornar a vida insustentável, acirrar disputas que podem gerar conflitos, dizimar a cultura daquela população e forçar as pessoas a se deslocarem até outros Estados para poder estabelecer novamente sua residência, trazendo insegurança e instabilidade, além do sofrimento pela perda irreparável de sua terra natal, fazendo com que os refugiados precisem readaptar-se aos hábitos e costumes do local de destino e reestruturar-se buscando reconstruir tudo que lhes foi perdido em decorrência das mudanças climáticas.

2. DIMENSÕES DE DIREITOS HUMANOS

Ao abordarmos a temática utilizando a terminologia geração de direitos, leia-se que, não é uma evolução de direitos, mas sim uma complementariedade, utiliza-se também as terminologias como dimensões de direitos fundamentais, e tantas outras que deságuam no mesmo núcleo. Portanto, não há que se falar em sobreposição ou hierarquia entre referidos direitos, pois estes se complementam em sua horizontalidade.

Conforme afirmado por André Carvalho de Ramos “Cada geração foi associada, na Conferência proferida por Vasak, a um dos componentes do dístico da Revolução Francesa: “*liberté, égalité et fraternité*” (liberdade, igualdade e fraternidade). Assim, a primeira geração

⁸ XAVIER, Ana Isabel *et al.* **ONU: A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: HUMANA GLOBAL – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu_humana_global_onu.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022, p. 115.

seria composta por direitos referentes à “liberdade”; a segunda geração retrataria os direitos que apontam para a “igualdade”; finalmente, a terceira geração seria composta por direitos atinentes à solidariedade social (“fraternidade”). Assim, têm evidente que, ao discorrermos acerca do direito ambiental, estamos tratando de um direito da coletividade, pois tal questão irá abarcar um grupo de pessoas, até mesmo faixas populacionais, não há como individualizar direitos ambientais, pois estes englobam a comunidade.⁹

Além destes, também são contemplados:

(...) direito ao desenvolvimento, direito à paz, direito à autodeterminação e, em especial, o direito ao meio ambiente equilibrado. São chamados de direitos de solidariedade. São oriundos da constatação da vinculação do homem ao planeta Terra, com recursos finitos, divisão absolutamente desigual de riquezas em verdadeiros círculos viciosos de miséria e ameaças cada vez mais concretas à sobrevivência da espécie humana.¹⁰

A referida temática não se esgota prontamente, tendo em vista que diversos doutrinadores aprofundaram o tema podendo os direitos chegar até sua 7ª geração. Logo, a importância destes direitos é imensurável, devendo haver a busca pela sua positivação na esfera interna dos países e no campo Internacional, considerando os diversos fatores que se instauram devido às mudanças climáticas.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento de Mazzuoli sobre o tema:

[...] Atualmente, constatou-se que existem muitos sistemas de proteção aos direitos humanos reconhecendo o meio ambiente sadio como um direito em si mesmo, sendo que no âmbito do sistema interamericano essa proteção está consagrada no art. 11 do Protocolo de San Salvador. Nesse sentido, sobre o primeiro questionamento o Tribunal Internacional opinou que os Estados-partes da Convenção Americana têm como obrigação o respeito e a garantia dos direitos consagrados no instrumento a toda pessoa sujeita à sua jurisdição, sendo que tal exercício gera responsabilidade pelas condutas estatais, notadamente as que sejam violadoras dos direitos consagrados na Convenção. Além disso, o exercício da jurisdição fora do território estatal é uma exceção que deve ser analisada conforme o caso concreto, restritivamente, sendo que quando tal atividade busca a proteção dos direitos humanos em relação à Convenção Americana, a jurisdição não se limita ao espaço territorial. Dentre outras conclusões, a Corte, por fim, conceituou jurisdição como toda situação na qual um Estado exerça autoridade ou controle efetivo sobre pessoas, dentro ou fora de seu território. Já no tocante aos demais questionamentos, a Corte pontuou que os Estados têm a obrigação de prevenir danos ambientais significativos, dentro ou fora de seu território (princípio da prevenção), devendo regular atividades que possam danificar significativamente o meio ambiente; fiscalizar atividades sob sua jurisdição que possam gerar danos significativos ao ambiente; exigir a realização de estudos de impacto ambiental quando exista risco de dano significativo ao meio ambiente, independentemente de ação estatal ou de pessoas privadas, a serem feitos previamente por entidades independentes e supervisionadas pelo Estado, respeitando os direitos humanos; estabelecer um plano de contingência; e mitigar o dano ambiental significativo, fazendo uso da melhor tecnologia e ciência disponíveis.¹¹

Por tratarmos de um direito à comunidade é necessário dar a devida atenção e zelar para

⁹⁰ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 33.

¹⁰¹ RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 2022, p. 33.

¹¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**. 9ª ed. São Paulo: Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional, 2019, p. 776.

que este permaneça íntegro. Há relatos de ilhas que hoje estão totalmente submersas, impossibilitando o regresso da população e que faz com que migrem para outros países. Destaca-se que esta migração é forçada, pois impossibilitados de permanecerem em seus países de origem.

Sobre a nacionalidade destaca-se como o vínculo do indivíduo com o Estado em que nasceu, porém quando esse Estado deixa de existir por fatores ambientais, o indivíduo passa a se enquadrar em um apátrida de fato, ou seja, alguém que possuía uma nacionalidade, porém lhe foi retirada ou o mesmo abriu mão dela.

Para Francisco Rezek a nacionalidade é a vinculação política entre indivíduo e o Estado soberano, sendo o indivíduo um membro da comunidade que constitui a dimensão do Estado. Esse vínculo trata-se de uma disciplina em âmbito interno, sendo que cabe a cada Estado legislar sobre sua própria nacionalidade, respeitando o direito internacional, regras gerais e eventuais compromissos internacionais.¹²

Nesse sentido, o contexto das mudanças climáticas com o desaparecimento de Estados em todo o planeta faz surgir diversas possibilidades quanto às questões normativas que permeiam o tema. Desde o refugiado climática à apatridia, o tema necessita de pesquisas e legislações protetivas e garantidoras de dignidades as pessoas que encontrem-se neste processo.

3. OS DADOS SOBRE O REFÚGIO E SEUS PRINCIPAIS FATORES

A migração forçada é um fator que ocorre em diversos países. Seja por motivos de perseguição ou de violação aos direitos humanos, o refúgio pode se estabelecer em diversos países, a depender do caso concreto.

Entretanto, alguns casos de maior repercussão como o terremoto no Haiti no ano de 2010, são exemplos de possibilidade de enquadramento como refugiados ambientais. Outro exemplo é Bangladesh, conhecido pela sua vulnerabilidade a ciclones e enchentes, que ao longo dos anos vêm sendo frequentes e que afetam aproximadamente 40 milhões de pessoas com ameaças pela elevação do nível do mar, por residirem em zonas costeiras que estão ameaçadas. A perda desse território pode gerar um impacto desastroso aqueles que vivem nessas regiões costeiras, prejudicando plantações, estoques de água potável e aumento de salinidade no litoral, que tornar impossível a subsistência no referido local, pois a contaminação da água afetaria pessoas e animais.¹³

¹² REZEK, F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022, p. 80.

Conforme Saskia Sassen “Estima-se que cerca de 3% da área litorânea estará debaixo d’água até 2030, e 6% até 2050”, além de existir a estimativa de “que 6,5 milhões de pessoas em Bangladesh já tenham sido deslocadas por causa das mudanças climáticas, um número que, segundo as estimativas, só deve crescer”.¹³

Na atualidade o número de migrantes, principalmente refugiados climáticos, vem crescendo e se alastrando em grandes proporções. Conforme dados informativos realizados pela ACNUR, Agência da ONU para Refugiados, em 2021, pelo menos 89,3 milhões de pessoas em todo o mundo foram forçadas a deixar suas casas. Entre elas estão quase 27,1 milhões de refugiados, cerca de metade dos quais têm menos de 18 anos.¹⁴ Dentre estes, foram registrados mais de 30,7 milhões de deslocamentos em decorrência de fatores climáticos. Estima-se que desastres ambientais são causadores de três vezes mais deslocamentos, ultrapassando as migrações que decorrem de conflitos e violências. Cabe ratificar, que tais deslocamentos ambientais também podem provocar conflitos e gerar tensões, conforme abordado pelas Nações Unidas.

As migrações em decorrência dos fatores climáticos tem sido tema recorrente de debates, considerando o significativo aumento de casos, bem como a necessidade de um enquadramento legal específico para tal parcela vulnerável da população. “Embora haja uma lacuna no direito internacional sobre refugiados ambientais, é preciso existir de alguma forma a proteção a este considerável grupo de pessoas (...)”, e isso pode ocorrer “(...) por meio da aplicação dos princípios e disposições do direito ambiental internacional e direitos humanos”.¹⁵

Considerando as estimativas científicas, através de dados, análises e discussões do tema, é estimado que no decorrer dos anos o ambiente esteja mais devastado, com aumento do aquecimento global e de fenômenos climáticos, os quais afetam diretamente a população e podendo gerar maiores fluxos migratórios. Portanto, é de suma importância que os Países estejam preparados e fundamentados em princípios e legislações pertinentes ao tema.

4. A IMPORTÂNCIA DA CONSCIENTIZAÇÃO SOBRE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL

Considerando a problemática atual, bem como os efeitos que ocasionam tais processos, iniciativas Internacionais têm buscado frear tais degradações e buscar, através do

¹³ SASSEN, Saskia. **Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global**. 1ª edição. - Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2016, p. 73.

¹⁴ ACNUR. **DADOS SOBRE REFÚGIO**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/>>. Acesso em: 27 de nov. de 2022.

¹⁴ ACNUR. **DADOS SOBRE REFÚGIO**. Acesso em: 27 de nov. de 2022.

¹⁵ SALES, Aklla Guimarães; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. **PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS**. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, p. 01-17, 4 dez. 2019. Disponível em: <[file:///C:/Users/miperes/Downloads/6097-17460-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/miperes/Downloads/6097-17460-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2022, p. 13.

comprometimento entre Estados, mudanças comportamentais que reduzam comportamentos nocivos ao meio ambiente, bem como aderir a hábitos mais sustentáveis que possam reestruturar o ecossistema que tem sido dizimado.

O ACNUR vem adotando uma posição combativa às mudanças climáticas e deslocamentos forçados. Ressalta-se que:

Em 2020, o ACNUR enviou equipes de socorro à América Central e ao sul do México, onde quase três milhões de pessoas foram afetadas pelo furacão Eta, um dos piores desastres climáticos a atingir a região nas últimas duas décadas. Em março de 2019, quando o ciclone tropical Idai atingiu Moçambique, Zimbábue e Malawi, o ACNUR realocou famílias refugiadas para abrigos mais seguros; Além disso, forneceu tendas, lonas plásticas, equipamentos sanitários e água potável. Na mesma linha, o ACNUR tem prestado assistência aos refugiados rohingya no sul de Bangladesh para mitigar os efeitos das monções, inundações e deslizamentos de terra.¹⁶

Referente ao enquadramento na legislação, a iniciativa de organismos internacionais para implementação de tratados e documentos para fins de amparo legal aos refugiados ambientais, vem sendo de suma importância, pois garante aos refugiados climáticos uma maior proteção jurídica em âmbito internacional e nacional. Já houve a criação de princípios orientadores relativos aos deslocados internos, discorrendo acerca dos princípios norteadores destes, enquadrando também, o conceito de refugiado interno, quais sejam, pessoas ou grupo de pessoas, que são forçados a abandonar suas casas em decorrência de violência generalizada, violações dos direitos humanos, calamidades humanas, naturais, mas sem deslocar-se internacionalmente.¹⁷

Entretanto, tal conceito só se encaixa aos deslocados internos. Contando com trinta princípios, é importante ressaltar o terceiro, o qual aborda que “1. As autoridades nacionais têm o dever e responsabilidade primárias de garantir a proteção e a assistência humanitária aos deslocados internos que se encontrem na sua área de jurisdição”.¹⁸

O ACNUR reconhece a condição de refugiado climático, em consonância com o Comitê de Direitos Humanos da ONU, que reconhece que aqueles que fogem em decorrência das mudanças climáticas e desastres naturais, não devem ser devolvidos ao país de origem enquanto seus direitos humanos estão em risco. Essa decisão está ampara no princípio da não devolução, que é basilar a todas as situações de refúgio e que garante uma maior proteção aos

¹⁶ ACNUR. **Mudanças climáticas e deslocamento de desastres**. 2022a. Disponível em: <<https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁷ A CNUR. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**. 2022b. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹⁸ ACNUR. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**. Acesso em: 25 nov. 2022. ¹⁷ RAMOS, Erika Pires. **REFUGIADOS AMBIENTAIS: EM BUSCA DE RECONHECIMENTO PELO DIREITO INTERNACIONAL**. 2011. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/eventos/Refugiados_Ambientais.pdf>. Acesso em: 27 de nov. de 2022.

refugiados.¹⁹

Por decorrência da existência de legislação que abarca os deslocados internos, deve-se buscar uma ampliação em âmbito Internacional que possa estender-se nas esferas internas de cada Estado através da realização de acordos, e parcerias para facilitar a implementação da proteção dos refugiados ambientais em todas as esferas.

Nesse sentido:

Os “refugiados ambientais” necessitam de proteção jurídica tanto do direito interno estatal, sejam como nacionais ou imigrantes, quanto do Direito Internacional. Se no plano jurídico global as dificuldades começam com o reconhecimento do “refugiado ambiental” como uma categoria de pessoas na ordem jurídica internacional, no direito interno eles ficam à mercê de eventuais restrições à migração e à legislação local que podem limitar seus direitos ou não garantir que eles sejam preservados.²⁰

Portanto, é necessária uma imposição legislativa e jurídica com o intuito de proteção destas pessoas, considerando o grande fluxo migratório forçado, além de realizar convenções e adaptações em âmbito interno e externo devendo estabelecer uma adequação a real necessidade de proteger o meio ambiente, com o intuito de prevenir catástrofes ambientais, que ocasionam o refúgio. A tomada de medidas protetivas ao meio ambiente, bem como a busca pela efetivação de direitos relativos aos refugiados climáticos, deve ser o caminho adotado para que os Estados se organizem estruturalmente e haja uma preparação para atuação com esses acontecimentos da atualidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho analisou o contexto da migração forçada a partir da perspectiva do refugiado climático. Assim, determinaram-se os principais acontecimentos climáticos e envoltos a temática de direitos humanos sobre o tema e a importância de debatê-lo e aprofundar as pesquisas como forma de garantir a proteção e promoção dos direitos humanos aos refugiados.

Destaca-se a importância de considerar os fluxos migratórios nos contextos climáticos graves como refúgio. A partir do momento desse reconhecimento, os refugiados passam a contar com proteção internacional a partir da aplicação de princípios que regem o tema e, especialmente, a aplicação do princípio da não-devolução, impossibilitando que o refugiado seja “devolvido” ao seu país de origem no qual esteja sendo alvo de violação de direitos humanos ou

¹⁹ ACNUR. Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática dá sinal de alerta, diz ACNUR. 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/01/24/decisao-do-comite-de-direitos-humanos-da-onu-sobre-mudanca-climatica-da-sinal-de-alerta-diz-acnur/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

²⁰ CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção jurídica dos “refugiados ambientais” nas três vertentes da proteção internacional da pessoa humana**. Brasília: REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Volume 28, nº. 58, abr. 2020. Disponível em: <<https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/1266>>. Acesso em: 25 nov. 2022, p. 20.

de perseguição.

As mudanças climáticas têm impossibilitado diversas pessoas de permanecerem em seus países a partir do momento em que não podem desenvolver suas atividades cotidianas e estejam eminentemente em risco. Nesse sentido, a violação de sua dignidade e de seus direitos é evidenciada, pois a pessoa migra como forma de sobrevivência, caracterizando uma migração forçada e, conseqüentemente, o refúgio.

Ao término deste artigo pode-se concluir que o refúgio climático ocorre devido a uma série de efeitos decorrentes do abuso de práticas ambientais degradantes, bem como crimes ambientais resultando em catástrofes climáticas, que interferem diretamente na vida de faixas populacionais e, em seus efeitos mais graves, ocasionam a extinção de países.

Assim, a atualidade do contexto migratório, especialmente o forçado, demonstra a importância de buscar amparo legal, embasando-se nos direitos humanos, no direito internacional e no direito constitucional, além de contar com o apoio de organismos e órgãos internacionais, para que haja um enquadramento específico e eficiente dos refugiados climáticos para que seus direitos sejam protegidos e garantidos.

REFERÊNCIAS

ACNUR. **Dados Sobre Refúgio**. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/#:~:text=89%2C3%20milh%C3%B5es%20de%20pessoas,perturbem%20gravemente%20a%20ordem%20p%C3%Bablica>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ACNUR. **Decisão do Comitê de Direitos Humanos da ONU sobre mudança climática dá sinal de alerta, diz ACNUR**. 2020. Disponível em: <<https://www.acnur.org/portugues/2020/01/24/decisao-do-comite-de-direitos-humanos-da-onu-sobre-mudanca-climatica-da-sinal-de-alerta-diz-acnur/>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ACNUR. **Mudanças climáticas e deslocamento de desastres**. 2022a. Disponível em: <<https://www.acnur.org/cambio-climatico-y-desplazamiento-por-desastres.html>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ACNUR. **Princípios Orientadores relativos aos Deslocados Internos**. 2022b. Disponível em: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Documentos_da_ONU/Principios_orientadores_relativos_aos_deslocados_internos_1998.pdf>. Acesso em: 25 nov. 2022.

ALMEIDA, Raquel Santos de. **OPINIÃO CONSULTA OC-23/17 MEIO AMBIENTE E DIREITOS HUMANOS**. Disponível em: <<https://nidh.com.br/oc23>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

BRASIL, NAÇÕES UNIDAS. **Mudanças climáticas impulsionam migrações e deslocamentos forçados**. Disponível em: <[https://brasil.un.org/pt-br/157286-mudancas-climaticas-impulsionam-migracoes-e-deslocamentos-forcados#:~:text=Mais%20de%2030%2C7%20milh%C3%B5es,do%20que%20conflitos%20e%20viol%C3%Aancia](https://brasil.un.org/pt-br/157286-mudancas-climaticas-impulsionam-migracoes-e-deslocamentos-forcados#:~:text=Mais%20de%2030%2C7%20milh%C3%B5es,do%20que%20conflitos%20e%20viol%C3%Aancia.)>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CLARO, Carolina de Abreu Batista. **A proteção jurídica dos “refugiados ambientais” nas três vertentes da proteção internacional da pessoa humana**. Brasília: REMHU, Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana, Volume 28, nº. 58, abr. 2020. Disponível em: <<https://remhu.csem.org.br/index.php/remhu/article/view/1266>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

CORTE IDH. **Opinión Consultiva OC-23/17, médio ambiente y derechos humanos**. Disponível em: <https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

FERRERO, Bruno. **Variabilidade e aumento do nível do mar em simulações climáticas**. São Paulo, 3 dez. 2020. Disponível em: <[file:///C:/Users/miperes/Downloads/Tese_Ferrero_Bruno_Corrigida%20\(2\).pd](file:///C:/Users/miperes/Downloads/Tese_Ferrero_Bruno_Corrigida%20(2).pd)>. Acesso em: 25 nov. 2022.

JUBILUT, Liliana Lyra; **Direito Internacional dos Refugiados e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional**. 9º ed. São Paulo: Direitos Humanos na Jurisprudência Internacional, 2019.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de Direitos Humanos**. 9º ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

REZEK, F. **Direito Internacional Público: Curso Elementar**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

SALES, Aklla Guimarães; OLIVEIRA, Raul Miguel Freitas de. **PROTEÇÃO INTERNACIONAL AOS REFUGIADOS AMBIENTAIS**. Revista de Direitos Humanos em Perspectiva, p. 01-17, 4 dez. 2019. Disponível em: <[file:///C:/Users/miperes/Downloads/6097-17460-1-PB%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/miperes/Downloads/6097-17460-1-PB%20(2).pdf)>. Acesso em: 23 ago. 2022.

SASSEN, Saskia. **Expulsões: brutalidade e complexidade na economia global**. 1ª edição. - Rio de Janeiro/ São Paulo: Paz e Terra, 2016.

WEDY, Gabriel; FERRI, Giovani. **Mudanças climáticas e migrações ambientais no cenário contemporâneo**. Revista de Direito Ambiental. vol. 106. ano 27. p. 255-282. São Paulo: Ed. RT, abr./jun. 2022. Disponível em: <<https://www.revistadoatribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad82d9a00000182d553fb4aa7e923bf&docguid=le5aa2cc0c66e11ecacd19beab008bf90&hitguid=le5aa2cc0c66e11ecacd19beab008bf90&spos=2&epos=2&td=54&context=62&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 25 nov. 2022.

XAVIER, Ana Isabel *et al.* **ONU: A Organização das Nações Unidas**. Coimbra: HUMANA GLOBAL – Associação para a Promoção dos Direitos Humanos, da Cultura e do Desenvolvimento, 2007. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/abc/onu/onu_humana_global_onu.pdf>. Acesso em: 23 ago. 2022.

O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS TRABALHISTAS NA JUSTIÇA DO TRABALHO

JUDICIAL ACTIVISM AND THE EFFECTIVENESS OF LABOR RIGHTS IN THE LABOR COURT

Elys Marina Hack

Franco Scortegagna

Vanessa Ramos Casagrande

RESUMO

Este artigo objetiva refletir acerca das definições conceituais de Ativismo Judicial e Autocontenção Judicial, afim de observar a forma com que o Ativismo Judicial está presente no âmbito do Direito do Trabalho, e por essa razão, pretende apresentar exemplos de situações que retratam o ativismo judicial do TST, com o objetivo de analisar e compreendê-las, e de verificar a sua forma de intervenção na legislação trabalhista, de forma a efetivar direitos trabalhistas que foram revogados ou alterados por reformas na legislação.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo Judicial. Autocontenção Judicial. Direito do Trabalho. Tribunais.

ABSTRACT

This article aims to reflect on the conceptual definitions of Judicial Activism and Judicial Self-restraint, in order to observe the way in which Judicial Activism is present in the scope of Labor Law, and for that reason, it intends to present examples of situations that portray the judicial activism of the TST, with the objective of analyzing and understanding them, and of verifying their form of intervention in the labor legislation, in order to implement labor rights that were revoked or changed by reforms in the legislation.

KEYWORDS: Judicial activism. Judicial self-restraint. Labor Law. Courts.

INTRODUÇÃO

Desde a perda da segurança jurídica até a violação do equilíbrio entre os poderes vão as críticas ao ativismo judicial, já em contraponto, a defesa a ele se concentra no dever social e constitucional do Poder Judiciário em salvaguardar a Constituição da República Federativa do Brasil, frente às previsões legais que a violem, ou que violem direitos humanos e fundamentais.

Entre críticas e elogios, o ativismo judicial ganhou certa fama nos últimos anos, alguns podem odiar e outros o defendem com todos os meios, mas a verdade é que muitos sequer

entendem como ele funciona, como e quando age, e porque a intervenção do Poder Judiciário pode se mostrar tão importante na proteção dos direitos individuais e sociais. Com o objetivo de analisar a forma com que o famigerado Ativismo Judicial age no âmbito do Direito do Trabalho é que se elabora o presente trabalho.

No primeiro capítulo, pretende-se abordar as definições de Ativismo Judicial com um certo olhar na Autocontenção Judicial, de forma a diferencia-los e compreender como o Tribunal Superior do Trabalho (TST) tem atuado, e ainda no segundo e último capítulo pretende-se analisar de forma prática e exemplificada alguns casos em que o TST utilizou-se da ferramenta disponibilizada pela hermenêutica para intervir em determinados casos afim de proteger ou revogar determinados direitos trabalhistas.

1. A TRANSIÇÃO DE *CIVIL LAW* PARA *COMMON LAW* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO E A IMPORTANTE DIFERENCIAÇÃO ENTRE ATIVISMO E AUTOCONTENÇÃO JUDICIAIS

Cada país adota uma espécie de sistema jurídico afim de que sejam determinadas quais fontes do direito serão seguidas de maneira hierárquica. Atualmente, existem dois sistemas jurídicos vigentes, o *civil law* e o *common law*, os quais possuem características completamente diferentes, no entanto, em razão da globalização e novas formas de se entender e interpretar o Direito, tem-se uma flexibilidade entre ambos.

Portanto, se faz necessário e relevante o estudo acerca da origem, bem como das características de ambos os sistemas afim de que possamos compreender o sistema jurídico existente no ordenamento brasileiro, cujo ordenamento adota o *civil law*, mas também se conecta a algumas características do *common law*.

Pode-se estabelecer que os dois sistemas buscam a segurança e estabilidade jurídica, no entanto, o sistema *civil law* é conhecido por sempre ter limitado o juiz no que tange à sua atuação na legislação, cabendo a ele somente aplica-la, todavia, diferentemente dessa característica em questão, o *common law* jamais limitou a atuação do juiz, afim de possibilitar ao ordenamento o uso de precedentes judiciais, em que o juiz não se mostra adstrito à aplicação da lei, mas também em interpreta-la.¹

Ocorre que, diante da evolução da sociedade, também o sistema jurídico do ordenamento brasileiro, antes absolutamente considerado como *civil law*, necessitou evoluir, e passou a flexibilizar suas definições, entendendo a importância de precedentes judiciais e a interpretação da lei pelo juiz, a fim de adequá-la ao caso em concreto, fazendo uso da hermenêutica jurídica, que considera o juiz como um intérprete da lei.

¹ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

Nesse sentido, passou-se a perceber que os precedentes já não se mostravam mais características exclusivas da *common law*, eis que houve uma fusão do seu uso também na *civil law*, inclusive no Brasil, e nessa linha de pensamento, Michele Taruffo compreende que:

[...] a referência ao precedente não é há tempos uma característica peculiar dos ordenamentos do *common law*, estando agora presente em quase todos os sistemas, mesmo os de *civil law*. Por isso, a distinção tradicional segundo a qual os primeiros seriam fundados sobre os precedentes, enquanto os segundos seriam fundados sobre a lei escrita, não tem mais – admitindo-se que realmente tenha tido no passado – qualquer valor descritivo. De um lado, na verdade, nos sistemas de *civil law* se faz amplo uso da referência à jurisprudência, enquanto nos sistemas de *common law* se faz amplo uso da lei escrita e inteiras áreas desses ordenamentos – do direito comercial ao direito processual – são, na realidade, “codificadas”.²

A efetivação dos direitos pode ser realizada tanto por normas positivadas quanto por costumes e demais fontes do direito, como precedentes judiciais e, ainda, a depender do sistema jurídico adotado pelo país, a principal fonte do direito pode ser a lei, na *civil law* ou a decisão judicial na *common law*.

Entretanto, Marinoni aponta que, a ordem jurídica deve ser tida como coerente e não deve ser formada apenas por leis ou tão somente por decisões judiciais, em sua visão, deve haver uma harmonia entre as fontes do direito, com o fim de preocupar-se com a segurança e a confiança das decisões judiciais fundamentas por diversas fontes do direito.³

Neste caminho acerca da interpretação da lei, Peter Haberle cunhou o termo ‘sociedade aberta dos intérpretes da constituição’, entendendo que a Constituição deve ser interpretada por todos os participantes da sociedade, com o fito de instituir uma nova hermenêutica constitucional.⁴

O nascimento do ativismo judicial pode ser considerado a partir de tal compreensão de que interpretar a constituição é um instrumento de propagação da democracia, sendo também um modo de aplica-la, e assim qualquer participante da sociedade que interpõe no Poder Judiciário uma ação baseada na norma constitucional, a está interpretando.

Ocorre que tal situação exige uma postura pró-ativa também do Poder Judiciário em interpretar a norma, visto que nem sempre, como se sabe, há supressão das lacunas e omissões pelo Poder Executivo e Legislativo. Cumpre inicialmente, inclusive, raciocinar e analisar, que a maioria dos projetos de lei decorrem de diversas ações e precedentes judiciais, que, diante da omissão legislativa, se mostra a necessária à sua intervenção.

² TARUFFO, Michele. *Precedente e jurisprudência*. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014, p. 02. Disponível em: <<http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>>. Acesso em 07 set. 2022.

³ MARINONI, Luiz Guilherme. *Precedentes Obrigatórios*. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

O objetivo do ativismo judicial nasce da necessidade e importância da efetivação dos direitos fundamentais através da interpretação da Constituição, e nesse sentido Barroso afirma que

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.⁵

O papel do Poder Judiciário deve ser de resguardar o processo democrático, fomentando a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, além de promover e concretizar os valores constitucionais através do ativismo judicial. Percebe-se, assim, que o ativismo judicial não visa violar a democracia, mas sim fortalece-la afim de possibilitar o engajamento da sociedade na efetivação dos direitos fundamentais e previstos constitucionalmente.

Na visão de Barroso, “[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance”⁶, sendo que sua origem remonta à jurisprudência norte-americana.

No entanto, o lado oposto do ativismo judicial é a chamada autocontenção judicial, sendo que esse mecanismo reduz as intervenções do Poder Judiciário nas ações e omissões dos outros Poderes, e assim Barroso considera que através deste mecanismo

[...] juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil.⁷

⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

⁷ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 14-15. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

Ainda, Barroso pontua que a principal diferença metodológica que pode ser verificada entre os dois mecanismos, uma vez que, enquanto o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem invadir o campo da criação livre do Direito, a autocontenção, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas.⁸

Cumprir dizer que atualmente, a sociedade e seus participantes não se contentam e não se satisfazem com uma simples declaração de mora legislativa, ou ainda que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito da decisão administrativa do poder executivo, isto porque se exige cada vez mais uma decisão eficaz, e por isso os Tribunais Superiores possuem papel ativo na efetivações dos direitos fundamentais.

Analizando-se historicamente os modelos de Estado, pode-se dizer que “[...] o estado constitucional passou de um estado liberal, isto é, não intervencionista, para um estado garantidor de direitos sociais [...]”.⁹ Assim, assume também a responsabilidade em implementar políticas públicas para efetivar os direitos sociais como saúde, educação, dentre outros.

Ocorre que, como muito bem elucida Barroso, o ativismo judicial, mesmo sendo sustentável e cumprindo o seu papel, não consegue resolver a crise jurídico-política,

[...] o ativismo judicial, até aqui, tem sido parte da solução, e não do problema. Mas ele é um antibiótico poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. Em dose excessiva, há risco de se morrer da cura. A expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira: a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. Precisamos de reforma política. E essa não pode ser feita por juízes.¹⁰

Nessa linha de raciocínio, cumprir dizer que, da mesma forma que em outros ramos do Direito, o Direito do Trabalho também tem visto a atuação do ativismo judicial, cumprir dizer que “[...] a Justiça do Trabalho no âmbito de seus conflitos socioeconômicos, já revelava o pioneirismo em relação ao ativismo judicial muito antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando esse potencial passou a ser visível no Judiciário como um todo.”¹¹

Desta forma, Parizzi também exemplifica que Tribunais do Trabalho possuem “[...] o chamado ‘poder normativo stricto sensu’ de proferir sentenças aplicáveis a todos os membros

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 15. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

⁹ FENÓRIO, Rafael Déo. *O ativismo judicial*. 2018. Trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal. AJUFESC. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Rafael-D%C3%A9o-Fen%C3%B3rio.pdf>. Acesso em 07 set. 2022.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009, p. 21. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

¹¹ PARIZZI, Kelly Aparecida. *Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho*. v. 1 n. 1, 2016, p. 833-849. Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, p. 844. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>. Acesso em 07 set. 2022.

envolvidos no dissídio coletivo, tendo assim o Judiciário trabalhista a responsabilidade de instituir normas que possam ser aplicáveis às relações individuais [...]”¹²

Ocorre que nem somente de bons momentos se faz o ativismo judicial, sendo que se faz importante trazer ao debate o entendimento de Streck acerca do tema, entendendo que

[...] há uma forte acusação ao protagonismo judicial. Referidas pesquisas e reflexões apontam para o perigo que o ativismo judicial representa para a representação política, até porque uma ofensa à Constituição por parte do Poder Judiciário sempre é mais grave do que qualquer outra desferida por qualquer dos outros Poderes, porque é o Judiciário que cabe sua guarda. Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores? [...]”¹³

Ainda, Coutinho e Filho, que demonstram sua contrariedade ao ativismo judicial, o associam na Justiça do Trabalho à produção de súmulas e orientações jurisprudenciais que extrapolam o texto legal e criam novas regras jurídicas autônomas e abstratas, inovando no ordenamento jurídico e invadindo, assim, a esfera político legislativa.¹⁴

Diante disso, entre elogios e críticas, o ativismo judicial segue no âmbito da Justiça do Trabalho, e diante de tais fatores é quase mostra necessária a análise de alguns casos concretos em que houve a efetivação ou não dos direitos trabalhistas por meio do protagonismo do Judiciário.

2. O ATIVISMO JUDICIAL NA JUSTIÇA DO TRABALHO: ANÁLISE DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS TRABALHISTAS PELO TST

Como se sabe, a Justiça do Trabalho é formada, hierarquicamente, pelos juízes do trabalho, que representam a primeira instância, os Tribunais Regionais do Trabalho e o Tribunal Superior do Trabalho, uma vez que estes últimos representam as esferas recursais trabalhistas.

O TST, especificamente, é o órgão de cúpula da Justiça do Trabalho, com jurisdição em todo o território nacional, e assim julga recursos na esfera laboral advindos de todas as partes do país, e ainda possui a responsabilidade de elaborar súmulas e orientações jurisprudenciais, que, diante da fusão entre *civil* e *common law*, são consideradas importantes fonte do direito do trabalho.

A elaboração das súmulas e das orientações jurisprudenciais se dá, principalmente, pelo fato de que se mostra impossível e absolutamente inviável que o legislador pátrio preveja no

¹² PARIZZI, Kelly Aparecida. *Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho*. v. 1 n. 1, 2016, p. 833-849. Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, p. 844. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>. Acesso em 07 set. 2022.

¹³ STRECK, Lênio Luiz. *O ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns?* Revista Consultor Jurídico – Senso Incomum, 2013.

¹⁴ COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FILHO, Hugo Cavalcanti Melo. “O ativismo judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho”, in: GRIJALBO F. COUTINHO et. al. (coord.), op.cit., p. 125.

direito positivo todas as possíveis situações trazidas pelos casos concretos, uma vez que o direito se faz dos fatos, e não os fatos se fazem do direito.

Conforme determina Prado Filho, “são diversos os casos de ativismo judicial presentes no Judiciário brasileiro. Desde decisões de primeiro grau, até acórdãos de Tribunais Superiores, incluindo Superior Tribunal de Justiça (STJ), Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Supremo Tribunal Federal (STF)”.¹⁵

Cumprir dizer que a criação de uma súmula ou sua alteração tem como objetivo a garantia da coerência e da previsibilidade nas decisões, contudo, conforme preceitua Andreassa Júnior¹⁶, nem sempre os Tribunais são coerentes e é comum o descumprimento entre os Tribunais Superiores de súmulas.

Tanto Súmulas, quanto Orientações Jurisprudenciais, representam a resolução de um problema, o qual foi ocasionado, por exemplo, pela inércia do Poder Legislativo, e assim, Viana leciona que as súmulas são um conjunto de decisões, representando o entendimento de um Tribunal a respeito de um assunto,

As súmulas exigem critérios como a repetição de certa quantidade de decisões por determinado tempo, uma das principais diferenças que se tem entre súmula e as OJ, mas, uma vez consolidada e editada, a súmula, para ser alterada ou cancelada requer um processo aprofundado de discussão na Corte que lhe deu origem. Não podemos deixar de elencar que as Orientações Jurisprudenciais e as súmulas não têm caráter vinculante.

17

Ainda, se faz necessário ressaltar que, conforme preceitua Martins, as Orientações Jurisprudenciais não são súmulas, mesmo que possuam o mesmo objetivo, e assim explica que “Elas devem sofrer um processo de maturação, de verificação da sua redação, de discussão, para, posteriormente, se o TST assim entender, transformar-se em súmulas. A orientação jurisprudencial será, portanto, a súmula de amanhã”.¹⁸ Viana complementa a explicação acerca da diferenciação entre elas, determinando que

A Orientação Jurisprudencial tem um maior dinamismo que a súmula, um critério de tramitação menos rígida, com maior flexibilização para ser alterada ou até mesmo cancelada, pois é considerada como a realidade momentânea que determina uma certa

¹⁵ PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. maio. 2014. apud RILLO, Giovana Leite. Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: uma necessidade constante. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/viewFile/2707/275>. Acesso em 07 set. 2022.

¹⁶ ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos Poderes e coerência nas decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015, p. 78.

¹⁷ VIANA, Débora dos Santos. *Ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho*. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à banca examinadora do Centro Universitário Toledo. Araçatuba: Toledo, 2015, p. 10.

¹⁸ MARTINS, Sérgio Pinto. *Comentários às súmulas do TST*. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 02

categoria profissional ou algo coletivo, dividindo em duas sessões de julgamento. Existe para a criação das Orientações Jurisprudenciais uma Comissão de Jurisprudência e de Precedentes Normativos, sendo esta comissão composta de três ministros e um suplente, sendo eles designados pelo Órgão Especial.¹⁹

Reitera-se que a morosidade do Poder Legislativo, bem como as lacunas legislativas são fatores que acabam por negatar a efetivação de direitos, e nesse sentido, Freitas considera que se mostra indispensável acolher novas premissas da interpretação constitucional

Uma postura hermenêutica superadora das inconstitucionalidades dolosas e culposas, em matéria de políticas públicas, mostra-se crucial para desfazer o presente quadro patológico de irresponsabilidade que provoca cascatas de danos especiais, anômalos e juridicamente iníquos. Nesse momento, torna-se indispensável acolher novas premissas reconcondicionadoras da interpretação constitucional, sobremodo a partir da releitura simultânea dos direitos subjetivos, da causalidade e da responsabilidade do Estado, por ações e omissões desproporcionais, em uma ligação direta com o dever de forçar o Poder Público a assumir os desafios da sustentabilidade, os quais não se confundem com a velha teoria da obediência a comandos, à revelia dos efeitos.²⁰

Nesse sentido, Reale também afirma que a jurisprudência, na maioria das vezes, inova nas matérias jurídicas, “[...] estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos [...]”.²¹

Ocorre que, como já mencionado, nem tudo são flores no ativismo judicial na Justiça do Trabalho, eis que a Lei nº 13.467/2017, chamada de Reforma Trabalhista, alterou o art. 8º da Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), e fez constar, no §2º que “Súmulas e outros enunciados de jurisprudência editados pelo Tribunal Superior do Trabalho e pelos Tribunais Regionais do Trabalho não poderão restringir direitos legalmente previstos nem criar obrigações que não estejam previstas em lei.”

Observa-se que a referida alteração legislativa intenta determinar a volta da autocontenção judicial, abolida em 1988 pela promulgação da Constituição Federal, em razão de que o referido dispositivo legal objetiva a intervenção mínima do TST e dos TRT's na efetivação dos direitos, uma vez que a Reforma Trabalhista tem sido muito conhecida por sua desregulamentação, ou flexibilização, como chamam os autores, primando pelo acordado ao invés do legislado.

A atuação do TST até o ano da publicação da Lei nº 13.467/2017 estava se desenvolvendo de forma coerente, conforme prevê Parizzi, quando diz que

¹⁹ VIANA, Débora dos Santos. *Ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho*. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à banca examinadora do Centro Universitário Toledo. Araçatuba: Toledo, 2015, p. 09

²⁰ FREITAS, Juarez. *Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas*. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira (org.). Barueri: Manole, 2012, p.01.

²¹ REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

Da mesma forma que nos demais ramos do direito o ativismo judicial também permeia a justiça do trabalho, só que de forma pioneira. São vários os exemplos de postura proativa do magistrado, tais como a limitação a garantia de emprego da gestante, a definição da base de cálculo do adicional de insalubridade, terceirização de serviços e o reconhecimento do direito de greve aos servidores públicos civis.²²

Afim de vislumbrar de maneira mais palpável a atuação da Justiça do Trabalho como ativista, Prado Filho traça alguns exemplos das situações em que o ativismo judicial foi exercido pela Justiça do Trabalho.

O direito de greve dos servidores públicos civis merece uma breve análise. Constitucionalmente assegurado, conforme artigo 37, VII, da Carta Magna, o direito fundamental ao movimento paredista do servidor público civil estaria subordinado à edição de legislação específica, consoante previu a Emenda Constitucional nº 19, de 4.6.1998.

(...) Com fundamento na profunda omissão do Poder Legislativo em editar legislação específica e ante a necessidade de assegurar o direito constitucional à greve, a Corte Superior alterou seu posicionamento. Para tanto, ficou estabelecida a aplicação da lei de greve referente à iniciativa privada no âmbito do serviço público, até que a correspondente lei específica fosse editada. Paralelamente, na esfera do TST, a conduta do magistrado segue o mesmo caminho. Tendo por escopo a concretização dos fins constitucionais, o Judiciário trabalhista adotou a ideologia do STF e vem produzindo, assim, a figura do magistrado ativo, com amplos poderes para interpretar a lei conforme o caso concreto, em que pese, por vezes, seja voltada não para o Estado, mas para as relações privadas. A presunção como discriminatória da dispensa de empregado portador de doença grave prevista na Súmula nº 443, do TST, é um dos exemplos do ativismo judicial na Justiça do Trabalho. Nesse ínterim, o verbete sumular presumiu discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, competindo ao empregador demonstrar causa plausível à dispensa para assim não ser considerada.²³

Ainda, um dos exemplos práticos que pode-se verificar da atuação ativista do TST, diz respeito ao prazo para que seja considerado o abandono de emprego, uma vez que o TST, através da Súmula nº 32²⁴ estabeleceu o prazo de 30 dias para tanto.

Cumprir dizer ainda, que a própria legislação trabalhista prevê a possibilidade do ativismo judicial, conforme preceituam o art. 8º, caput²⁵, da CLT, cujo conteúdo foi mantido pela Reforma Trabalhista; o art. 765²⁶ que concede liberdade aos juízes e Tribunais quanto ao andamento do

²² PARIZZI, Kelly Aparecida. *Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho*. v. 1 n. 1, 2016, p. 833-849. Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito, p. 843. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>. Acesso em 07 set. 2022.

²³ PRADO FILHO, Alexandre Vieira. *O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização*. mai 2014. *apud* RILLO, Giovana Leite. *Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: uma necessidade constante*. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/viewFile/2707/275>. Acesso em 07 set. 2022.

²⁴ **Súmula nº 32 do TST. ABANDONO DE EMPREGO (nova redação)** - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003. Presume-se o abandono de emprego se o trabalhador não retornar ao serviço no prazo de 30 (trinta) dias após a cessação do benefício previdenciário nem justificar o motivo de não o fazer.

²⁵ **Art. 8º** - As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público.

²⁶ **Art. 765**. Os Juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas.

processo; o art. 852-D²⁷ que também concede liberdade aos juízes para determinarem as provas a serem produzidas; e o art. 852-I, §1º²⁸ que determina que o juiz adotará a decisão mais justa e equânime possível.

Assim, observa-se que a legislação infraconstitucional prevê obrigações procedimentais do magistrado na geração ou condução do processo, demonstrando fatores importantes para uma Justiça do Trabalho ativista, no entanto, também não significa que a CLT possa ser considerada como causa do ativismo judicial.

No entanto, conforme escrevem Poli e Diniz, “[...]é manifesto que as ações permitidas pela legislação impulsionam e encorajam novas investidas na busca pela excelência da prestação jurisdicional e em favor da integridade das normas existentes e da inclusão das novas realidades do mundo do trabalho à órbita do Direito.”²⁹

Nesse sentido, “o próprio Legislativo, no que diz respeito às leis trabalhistas, abre espaços para a Justiça do Trabalho agir como uma espécie de legislador, a fim de preencher os vazios intencionais e não-intencionais da lei”,³⁰ e assim observa-se que não é exatamente o ativismo que gera discussões e polêmicas, mas sim os meios utilizados e as soluções encontradas pelo TST para determinados casos jurídicos.

Um exemplo a ser dado acerca dessas polêmicas, se encontra no intervalo intrajornada constante no art. 71 da CLT, retrato por Poli e Diniz, considerando que

A jurisprudência era no sentido de que a concessão parcial do intervalo intrajornada implicava obrigação de o empregador pagar ao empregado, como hora extra, a parcela suprimida do seu intervalo. Porém, o TST, por meio da Súmula no 437, causou uma reviravolta nessa matéria ao orientar que a “concessão parcial do intervalo intrajornada mínimo, para repouso e alimentação, a empregados urbanos e rurais, implica o pagamento total do período correspondente, e não apenas daquele suprimido”. O TST foi além: Ultrapassada habitualmente a jornada de seis horas de trabalho, é devido o gozo do intervalo intrajornada mínimo de uma hora, obrigando o empregador a remunerar o período para descanso e alimentação não usufruídos como extra, acrescido do respectivo adicional, na forma prevista no art. 71, caput, §4º, da CLT. Fora a surpresa que causou no meio jurídico (e, daí, nasce a sensação de que houve a intenção de legislar, e não a de pacificar a jurisprudência), o TST construiu uma solução cujos efeitos podem se mostrar

²⁷ **Art. 852-D.** O juiz dirigirá o processo com liberdade para determinar as provas a serem produzidas, considerado o ônus probatório de cada litigante, podendo limitar ou excluir as que considerar excessivas, impertinentes ou protelatórias, bem como para apreciá-las e dar especial valor às regras de experiência comum ou técnica.

²⁸ **Art. 852-I. (...) § 1º** O juízo adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e as exigências do bem comum.

²⁹ POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. *O ativismo na Justiça do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104, p. 89. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022.

³⁰ POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. *O ativismo na Justiça do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104, p. 93. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022.

nefastos às relações de trabalho e potencialmente capazes de gerar mais litigiosidade. [...] ³¹

O exemplo supramencionado retrata uma situação de revolta, não com o ativismo, mas sim pela forma com que o TST decidiu a questão, trazendo ainda mais problemas, e questionamentos, ao invés de saná-los.

Mas também, não se pode dizer que o TST se mostra parcial em suas intervenções no sentido de proteger somente os empregados, uma vez que Poli e Diniz traçam também um exemplo de Súmula elaborada pelo referido Tribunal que favoreceu os empregadores, atuando assim com o uso do chamado ativismo negativo, e que também gerou polêmicas e revoltas no meio jurídico, sendo que o exemplo diz respeito à Súmula 291 do TST. ³²

Poli e Diniz explicam a situação da referida Súmula, uma vez que retrata um exemplo de restrição dos direitos aos trabalhadores

[...] o art. 59 da CLT autoriza a contratação de horas extraordinárias, limitadas a duas por dia. O art. 468 da CLT, por seu turno, proíbe as alterações contratuais unilaterais e, se bilaterais, as que causarem prejuízo ao empregado, de forma direta ou indireta. Assim, contratada a prestação diária de horas extras, o empregador não poderia, em regra, suprimir o pagamento dessas horas, mesmo que de forma bilateral, pois causaria redução salarial, proibida por lei. Dessa forma, suprimida a prestação das horas extras, o valor respectivo integrava-se ao salário do empregado. Esse era o entendimento predominante no âmbito da Justiça do Trabalho, contudo, por intermédio da Súmula no 291, o TST “autorizou” a supressão da prestação das horas extras e do respectivo pagamento, independentemente da vontade do empregado, mediante indenização, “correspondente ao valor de 1 (um) mês de horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviços acima da jornada normal”. A Súmula em questão fortaleceu o poder diretivo do empregador (restringido) mesmo considerando a indenização, os direitos do empregado, advindos da lei e da jurisprudência anterior consolidada. ³³

Ainda, um dos exemplos práticos mais relevantes na história do Direito do Trabalho sobre o ativismo judicial, pode ser considerada a Súmula nº 331 do TST, ³⁴ especialmente o seu ‘Item

³¹ POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. *O ativismo na Justiça do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104, p. 94-95. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022.

³² **Súmula nº 291 do TST.** A supressão total ou parcial, pelo empregador, de serviço suplementar prestado com habitualidade, durante pelo menos 1 (um) ano, assegura ao empregado o direito à indenização correspondente ao valor de 1 (um) mês das horas suprimidas, total ou parcialmente, para cada ano ou fração igual ou superior a seis meses de prestação de serviço acima da jornada normal. O cálculo observará a média das horas suplementares nos últimos 12 (doze) meses anteriores à mudança, multiplicada pelo valor da hora extra do dia da supressão. Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 ((nova redação em decorrência do julgamento do processo TST-IUJERR 10700-45.2007.5.22.0101)

³³ POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. *O ativismo na Justiça do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104, p. 96. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022.

³⁴ **Súmula nº 331 do TST.** CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011 I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo

III', que foi tido como a "lei" que possibilitou e autorizou a terceirização no Brasil. Sim, a terceirização foi 'oficialmente' autorizada e regulamentada graças ao ativismo judicial, conforme muito bem elucidam Poli e Diniz

[...] na década de 1980, intensificou-se no Brasil a ideia da terceirização, porém, a legislação brasileira admitia a prestação de trabalho por meio de interposta pessoa em poucos casos (trabalho temporário, serviço de vigilância, conservação e limpeza). Portanto, em regra, a contratação de trabalhadores por empresa interposta era ilegal, gerando, pois, a formação do vínculo de emprego direto com o próprio tomador dos serviços, com a responsabilização solidária das empresas. O TST, quando editou a Súmula no 331, fez uma concessão à realidade (assim diziam os empresários), pela qual considerou lícita "a terceirização de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta". Além disso, limitou a responsabilidade do tomador de serviços pelas verbas trabalhistas, de solidária para subsidiária. Se não fosse, pois, essa decisão, até hoje a terceirização seria ilegal.³⁵

No entanto, não somente autorizou a terceirização da prestação de serviço no Brasil, como também determinou e reconheceu a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quando do não cumprimento do contrato e não pagamento das verbas pela empresa prestadora do serviço, o que foi, definitivamente, um salto favorável aos trabalhadores.

Nesse sentido, tais exemplos possuem o condão de demonstrar formas e meios utilizados pelo TST afim de se mostrar ativista, uma vez que conforme preceitua Lima, "O ativismo jurisdicional, por sua vez, consiste na recusa em aderir aos limites da função judicial, numa espécie de superdimensionamento das suas competências, em prejuízo dos demais poderes e das atribuições cometidas às outras instâncias do próprio judiciário"³⁶

Portanto, pode-se observar através dos casos práticos trabalhados e expostos, que o ativismo judicial é uma ferramenta que, como todas as outras, deve ser usada de forma equilibrada, sem se precipitar, de forma a não criar ainda mais problemas do que soluções, e sem ultrapassar os limites da Carta Magna, uma vez que é ela que deve ser o seu norte, e nesta linha de raciocínio, volta-se ao questionamento de Streck: "Quem nos salvará se não há mais salvadores? Ou pior: quem nos salvará dos salvadores?"

de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta. IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participação da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

³⁵ POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. *O ativismo na Justiça do Trabalho*. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104, p. 96-97. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022.

³⁶ LIMA, Flávia Santiago. *Jurisdição Constitucional e Política. Ativismo e Autocontenção no STF*. Curitiba: Juruá, 2014, p. 163

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho intentou analisar de forma breve e não repetitiva as definições e evolução histórica que permeiam o protagonismo judicial, também conhecido como ativismo judicial, e assim, de início, abordou os sistemas *civil law* e *common law* para fazer-se compreender de que forma o ativismo judicial foi conquistando espaço no ordenamento jurídico brasileiro.

E assim, diante da análise de situações em que o TST agiu de forma ativista, tem-se que tal ferramenta se mostra muito poderosa, tanto para o bem quanto para o mal, e que, se não utilizada com sabedoria, equilíbrio e sensatez, pode, ao invés de atingir seu objetivo de segurança jurídica, abalar as estruturas do ordenamento, tanto no âmbito do Direito do Trabalho, quanto nos demais ramos do Direito.

REFERÊNCIAS

ANDREASSA JÚNIOR, Gilberto. Ativismo judicial & teoria dos precedentes: integração dos Poderes e coerência nas decisões do judiciário. Curitiba: Juruá, 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Suffragium - Revista do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará, Fortaleza, v. 5, n. 8, p. 11-22, jan./dez. 2009. Disponível em: <https://bibliotecadigital.tse.jus.br/xmlui/handle/bdtse/5498>. Acesso em 07 set. 2022.

FENÓRIO, Rafael Déo. O ativismo judicial. 2018. Trabalho final de conclusão do Curso de Especialização em Jurisdição Federal. AJUFESC. Disponível em: <https://ajufesc.org.br/wp-content/uploads/2018/12/Rafael-D%C3%A9o-Fen%C3%B3rio.pdf>. Acesso em 07 set. 2022.

FREITAS, Juarez. Por uma hermenêutica superadora da omissão inconstitucional nas políticas públicas. **Comentários à jurisprudência do STF: direitos fundamentais e omissão inconstitucional**. Juarez Freitas e Anderson V. Teixeira (org.). Barueri: Manole, 2012.

COUTINHO, Grijalbo Fernandes; FILHO, Hugo Cavalcanti Melo. “O ativismo judicial do TST como fator de flexibilização do Direito do Trabalho”, in: GRIJALBO F. COUTINHO et. al. (coord.), op.cit.

LIMA, Flávia Santiago. Jurisdição Constitucional e Política. Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes Obrigatórios. 5. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MARTINS, Sérgio Pinto. Comentários às súmulas do TST. 14 ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PARIZZI, Kelly Aparecida. Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho. v. 1 n. 1, 2016, p. 833-849. Revista de artigos do 1º Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito. Disponível em: <https://revista.univem.edu.br/1simposioconst>. Acesso em 07 set. 2022.

POLI, Gustavo Luiz; DINIZ, Ricardo Córdova. O ativismo na Justiça do Trabalho. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 12ª Região | v.20 n. 29 2017, p. 73-104. Disponível em: https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/20.500.12178/200527/2017_rev_trt12_v0020_n0029.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em 07 set. 2022

PRADO FILHO, Alexandre Vieira. O Ativismo Judicial na Justiça do Trabalho e a Terceirização. mai 2014. apud RILLO, Giovana Leite. Ativismo Judicial e a Justiça do Trabalho: uma necessidade constante. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 03, n. 02, 208-221, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://ojs.toledo.br/index.php/direito/article/viewFile/2707/275>. Acesso em 07 set. 2022.

REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 168.

STREK, Lênio Luiz. O ativismo Judicial existe ou é imaginação de alguns? Revista Consultor Jurídico – Senso Incomum, 2013.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://civilistica.com/precedente-e-jurisprudencia/>. Acesso em 07 set. 2022.

VIANA, Débora dos Santos. Ativismo judicial do Tribunal Superior do Trabalho. Trabalho de conclusão de curso apresentado como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito à banca examinadora do Centro Universitário Toledo. Araçatuba: Toledo, 2015.

PATRIMÔNIO CULTURAL COMO MODALIDADE DE DIREITO HUMANO

CULTURAL HERITAGE AS A HUMAN RIGHT MODALITY

Felipe Antonioli¹

Patrícia Grazziotin Noschang²

RESUMO

É sabido que, na atualidade, o direito à cultura é encarado como direito humano dotado de previsão expressa na legislação transnacional protetora. O trabalho realizado busca realizar a análise das entrelinhas, do entorno, da justificativa para a inclusão da proteção ao patrimônio cultural nos textos de maior relevância que protegem os direitos humanos. Através de pesquisa teórica bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, este artigo propõe reflexões sobre o peso dado pelo direito à necessidade de valorar o conteúdo intelectual dos povos. Parte-se do estudo histórico da elaboração do conceito de direitos humanos para, após a identificação do que é compreendido como patrimônio cultural, verificar a motivação e pertinência do tratamento da cultura como direito de mais valia.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Patrimônio Cultural. Cultura.

ABSTRACT

It is well known that, nowadays, the right to culture is seen as a human right with an express provision in protective transnational legislation. This research seeks to analyze between the lines, the background, the justification for the inclusion of the protection of cultural heritage in the most relevant texts that protect human rights. Through theoretical bibliographical research, using the deductive method, this article proposes reflections on the weight given by law to the need to value the intellectual content of peoples. It starts from the historical study of the elaboration of the concept of human rights to, after identifying what is understood as cultural heritage, verify the motivation and pertinence of the treatment of culture as a right of added value.

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 Alto Uruguai e das Missões – Campus de Erechim. Servidor Público do Estado do Rio Grande do Sul, Getúlio Vargas, Rio Grande do Sul. Contato: felipeantonioli@live.com.

² Doutora em Direito Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito e Relações Internacionais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Especialista pela Fundação Getúlio 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, Rio Grande do Sul. Contato: patriciagn@upf.br.

KEY WORDS: Human Rights. Cultural Heritage. Culture.

INTRODUÇÃO

Os direitos humanos podem ser definidos como o conjunto de direitos e garantias cuja finalidade principal é o respeito à dignidade do ser humano, com proteção em relação ao poder estatal e garantia das condições mínimas de sobrevivência e desenvolvimento. A evolução histórica dos direitos humanos aponta, precipuamente, três dimensões, que estudam, respectivamente: direitos de liberdade, os quais têm por objetivo a proteção do particular do estado; direitos de igualdade, em que se buscam direitos potestacionais com uma atuação efetiva do estado para com o particular; direitos de fraternidade, nos quais o indivíduo dá o seu lugar para a sociedade, valorando-se os direitos difusos, de titularidade indeterminada.

O direito à cultura, integrante da segunda dimensão, protege a herança intelectual humana. A cultura representa a expressão da diversidade da condição humana. Justamente por constituir importante peça no registro do desenvolvimento, ganha condição de direito que também resguarda a dignidade da pessoa humana.

Ocorre que, diante de direitos humanos diretamente relacionados à sobrevivência dos seres, muitas vezes a legitimidade de se tomar o patrimônio cultural como direito humano é colocada em xeque. Pergunta-se se o patrimônio cultural possui valor humanitário suficiente para que seja encarado pelos legisladores como direito humano carecedor da proteção outorgada aos demais direitos dessa natureza.

A presente pesquisa, então, tem o condão de analisar o direito ao patrimônio cultural, realizando apontamentos sobre a origem do seu trato nas legislações transnacionais, sobre as características que relacionam essa espécie de direito aos direitos humanos e sobre a necessidade de buscar seu resguardo e preservação.

Para isso, o primeiro ponto estudado trata dos direitos humanos, apontando a contribuição das sociedades no decorrer da evolução histórica da humanidade para a construção da proteção à dignidade do povo, analisando-se os primeiros textos internacionais que abordaram a matéria. Visa-se compreender a evolução do conceito e das medidas de proteção dos direitos humanos, que enraizaram seus ideais de imprescindibilidade e mais-valia no âmbito internacional.

O segundo aspecto trata da identificação do patrimônio cultural. Para isso, são utilizados dois prismas, dois olhares diversos sobre o mesmo assunto. O primeiro relacionado ao mundo concreto, verificando o valor do patrimônio cultural frente às sociedades que ele integra. O segundo relacionado ao mundo jurídico, analisando-se as formas de proteção através do direito.

A terceira etapa da pesquisa busca, então, elucidar os aspectos de convergência dos itens anteriores e, assim, justificar o trato dos direitos relacionados ao patrimônio cultural como merecedores do status de direitos humanos.

O estudo do tema se mostra pertinente – tanto na atualidade quanto diante dos episódios históricos já vivenciados no decorrer dos séculos – pois o olhar do direito sobre o tema é fundamental para a preservação efetiva da memória da humanidade, uma vez que o peso dado à proteção do patrimônio cultural pode ser determinante para sua existência.

Através de pesquisa teórica bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo, este artigo propõe reflexões sobre o peso dado pelo direito à necessidade de valorar o conteúdo intelectual dos povos. Para isso, busca-se analisar principalmente o papel do Estado na proteção do patrimônio cultural, sem esquecer do papel dos cidadãos na compreensão da importância da preservação de sua história. Por meio da análise sistemática do conceito e das características dos direitos humanos relacionando-os à cultura, busca-se justificar a necessidade de proteção contundente do patrimônio cultural.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO CONCEITO DE DIREITOS HUMANOS

Em regra, a doutrina relaciona a origem dos direitos humanos com o surgimento do Estado de Direito. Entretanto, oportuno levar em consideração as contribuições das antigas civilizações que, embora não conhecessem a técnica do limite do poder pela lei, utilizavam formas rudimentares de instituições sociais e costumes para, de certo modo, garantir direitos à pessoa humana. Sobre os direitos humanos na antiguidade, leciona Rogério Gesta Leal³:

Parece ser consenso entre os historiadores que as origens mais antigas dos direitos fundamentais da pessoa humana se encontram nos primórdios da civilização, abrangendo desde as concepções formuladas pelos hebreus, pelos gregos, pelos romanos, e pelo cristianismo, passando pela Idade Média, até os dias de hoje.

Na idade média, em que pese o retrocesso em incontáveis aspectos da evolução humana – causados precipuamente pelos constantes conflitos entre povos –, a doutrina demonstra que, de regra, houve aplicabilidade dos direitos humanos. Nos dizeres de Soder⁴:

A concepção jusnaturalista [direito natural] do Estado medieval, abrangendo o reconhecimento dos direitos dos indivíduos, aparece, em luz fulgurante, no direito de resistência ao poder público, que a Idade Média outorga aos súditos para o caso em que o Estado menospreze o Direito. Este direito de resistência, reconhecido e praticado nos Estados cristão medievais, traduz, insofismavelmente, a convicção de súditos e soberanos de que existe um direito acima do Estado e que o indivíduo não está simplesmente à mercê dos poderes públicos. Mais ainda, denota a convicção reinante de que a autoridade estatal

³ LEAL, Rogério Gesta. **Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997. P. 20.

⁴ SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

continua responsável perante a comunidade. O antípoda nas relações Estado-indivíduo do que observamos no mundo greco-romano. Era convicção geral na Idade Média de que “soberano”, no sentido jurídico da palavra, era apenas Deus e o direito. Todos os mais se consideravam, necessariamente, vinculados a estas duas instâncias soberanas. Decorre esta concepção do conceito de Estado próprio do cristianismo. Para este, o poder tem fonte dupla: o soberano estatal recebe seu mandato de Deus e do povo.

Na idade Moderna passaram a surgir documentos legais que resguardavam de maneira expressa os direitos humanos. Nesse momento, houve uma ruptura de pensamento que contribuiu para bases de uma nova identidade humana, que levava em conta o racionalismo e o subjetivismo. Como produções normativas relevantes desse momento, pode-se citar a *Petition of Rights* (Inglaterra, 1628), *Habeas Corpus Act* (Inglaterra, 1679), *Bill of Rights* (Inglaterra, 1689) e a Constituição dos Estados Unidos da América (Estados Unidos, 1787).

O marco da Idade Contemporânea no que se trata dos direitos humanos é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (França, 1789), que tratava de direitos relacionados à igualdade, liberdade e fraternidade. O texto acabou sendo muito mais abrangente do que aqueles elaborados na Idade Moderna, pois dizia respeito não somente aos cidadãos de um Estado determinado, mas a todos os cidadãos do planeta. Esse texto inspirou a constitucionalização dos direitos humanos, que foram, então, positivados posteriormente. Como importantes instrumentos de garantia dos direitos humanos nos primórdios de sua constitucionalização, dignos de menção a Constituição da França de 1793, a Constituição do México de 1917, a Declaração Soviética dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado de 1918, a Constituição da Alemanha de 1919 e a Carta de Lavoro da Itália de 1927. Sobre a constitucionalização dos direitos humanos, apenas a título de esclarecimento, importante referenciar a utilização da expressão “direitos fundamentais”⁵:

A expressão “direitos fundamentais” é utilizada para referir-se aos direitos positivados na ordem jurídica interna do Estado, enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser adotada para identificar os direitos positivados na ordem internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos (França, 1948) introduziu a concepção atual de direitos humanos e foi o marco de criação da proteção internacional desses direitos. Sobre o contexto histórico de elaboração da Declaração Universal dos Direitos Humanos e sua força vinculante, esclarece Helena Cristina Aguiar de Paula Vilela⁶:

Na Europa, uma nova guerra dos trinta anos eclodiu, entre 1914 e 1945, a qual se espalhou rapidamente pelos demais continentes. Os tratados de paz, dessa vez, desembocaram na formação da Organização das Nações Unidas (ONU), que elaborou a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e, assim como Westefália, inauguraram um paradigma de Estado, direito e poder.

⁵ BARRETO, Rafael. **Direitos humanos**. Ed. 7. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

⁶ VILELA, Helena Cristina Aguiar de Paula. A crise da soberania e a era do constitucionalismo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. N. 34. P. 07. Porto Alegre: 2016.

Embora não tenha se apresentado como tratado internacional, a Declaração de 1948 vinculou os Estados, assumindo a fonte de costume internacional e elemento de interpretação (RAMOS, 2012, p. 27). Isso a tornou ainda mais influente, pois tratados são fruto de negociações entre governos, os quais tem liberdade para ratificar, fazer reservas e denunciar. No caso da Declaração Universal, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, não foi sujeita à negociação, assinatura e ratificação, tampouco tem natureza sinalagmática, por isso é considerada fonte do direito internacional prescindindo a sua adesão pelos Estados.

Para Guimarães⁷, atualmente, os direitos humanos são caracterizados por sua universalidade, indivisibilidade e interdependência. Universalidade porque clamam pela extensão universal dos direitos humanos, sob a perspectiva de que a condição de pessoa humana é o único requisito para a sua titularização, considerando-se o ser humano como dotado de unicidade existencial e dignidade, característica que tem valor intrínseco à sua existência. Os direitos humanos são dotados de indivisibilidade e interdependência porque a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais e vice-versa. O real valor da estruturação de um Direito dos Povos e de uma sociedade entre as nações é justamente a garantia de proteção dos direitos humanos em todos os lugares do planeta.

2. IDENTIFICAÇÃO DO PATRIMÔNIO CULTURAL

Uma vez compreendida a natureza dos direitos humanos e a necessidade de sua preservação, é necessária a conceituação do que pode ser entendido como patrimônio cultural para, oportunamente, discutir-se o seu encaixe na modalidade de direitos que merecem preservação extraordinária.

2.1. Conceito ideológico

Com relação à identificação do patrimônio cultural, primeiramente cabe realizar análise ideológica sobre o tema, isto é, estabelecer uma compreensão material do que poderia ser entendido como tal.

A arte é reflexo da realidade humana. É através dela que se pode observar a história da sociedade e os pensamentos de cada época. Sobre o tema leciona Cruz de Luna⁸:

[...] as expressões artísticas retratam os diversos períodos históricos, como por exemplo, Michelangelo em suas obras na Capela Sistina que refletem o Renascimento e seus

⁷ GUIMARÃES, Débora Soares. A internacionalização dos direitos humanos: uma análise da proposta liberal universalizante. **Revista CEJ**. N. 59. P. 128. Brasília: 2013.

⁸ LUNA. Rayssa Kallyane Cruz de. O direito fundamental à liberdade artística: eficácia questionada pela imposição de limites. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: 2014.

ideais, além do conflito entre Reforma e Contra-Reforma, que nortearam a fase constitutiva da obra. Neste sentido, recordamos o que afirma Aristóteles: toda arte relaciona-se com a criação e ocupa-se em inventar e em estudar as maneiras de produzir alguma coisa que pode existir ou não, e cuja origem está em quem produz, e não no que é produzido.

Juliette Robichez⁹, a seu turno, define o patrimônio cultural como um conjunto de elementos materiais e imateriais, que participa constantemente da construção e desenvolvimento da vida e da identidade humana e é função do direito construir um arcabouço jurídico que abranja todas as suas necessidades.

Mendes e Leite Júnior¹⁰ ao analisarem o conceito operacional de patrimônio cultural, trazem apontamentos sobre a sua delimitação semântica. No direito inglês fala-se em “herança (heritage) cultural” e em “propriedade cultural (cultural property)”¹¹, já no direito alemão se utiliza a expressão “bem cultural (kulturgut)”¹²:

Não obstante o termo herança, do inglês, rememorar adequadamente ao legado, à transmissão, que constitui um dos aspectos essenciais do patrimônio histórico, e a expressão patrimônio cultural, como a semelhante em alemão (bem cultural), serem de fácil inteligibilidade, adiantamos desde já a adoção da locução patrimônio histórico, por ser a mais citada nos ordenamentos jurídicos brasileiro e espanhol.

Como se percebe, o patrimônio cultural se expressa por uma infinidade de formas e elementos da sociedade, reforça identidades, promove solidariedade, recupera memórias, ritualiza sociabilidades e transmite legados para o futuro¹³. E justamente em razão desse valor antropológico de preservação de história e memória do desenvolvimento humano, representa um verdadeiro interesse público primário¹⁴.

2.2. Conceito jurídico

Estabelecida uma compreensão material sobre o patrimônio cultural, passa-se à análise legislativa. Primordial, neste ponto, identificar o entendimento dos legisladores no decorrer dos séculos sobre a carga atribuída à proteção da cultura.

⁹ ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade nos conflitos armados como instrumento de aniquilamento da dignidade da pessoa humana a gênese da proteção jurídica do patrimônio cultural. **Revista Diálogos Possíveis**. Ano 14. N 1. P. 108. Salvador: 2015.

¹⁰ MENDES, Marcelo. LEITE JÚNIOR, Zany Estael. O patrimônio histórico como direito transnacional à cultura. In: Meio ambiente natural e artificial: interfaces legais. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: 2018.

¹¹ HUTT, Sherry; BLANCO, Caroline Meredith; HARRIS, Stan N. Cultural property law: a practitioner's guide to the management, protection, and preservation of heritage resources. 2 Ed. Chicago: American Bar Association, 2016.

¹² NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do património cultural**. 2 ed. P. 12. São Paulo: Editora Almedina, 2010.

¹³ MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Direito à reparação de danos ao patrimônio cultural é imprescritível**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2018-jun-02/direito-reparacao-danos-patrimonio-cultural-imprescritivel>>. Acesso em 20 jan. 2021.

¹⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. P. 55. São Paulo: RT, 1981.

Ruy Barbosa¹⁵, membro fundador da Academia Brasileira de Letras, refere que “não é possível estar dentro da civilização e fora da arte”. A importância da arte no âmbito jurídico reside não apenas na forma de compreensão da sociedade, mas precipuamente como matéria intrínseca do homem e sua forma de convivência, de maneira que torna pertinente ao direito também proteger e regular essa forma de expressão¹⁶.

Discute-se como se pode atribuir a determinado bem – seja ele material ou imaterial – o status de patrimônio cultural. Essa indagação já teve respostas diversas no decorrer da evolução do conceito de patrimônio cultural. Desde a antiguidade, o direito demonstrava interesse em regular a atuação artística. Marco Aurélio Valério¹⁷ faz apontamentos sobre essa interdisciplinaridade comentando a importância dada ao patrimônio intelectual na Roma Antiga:

Na Roma Antiga, o autor tinha o privilégio do reconhecimento público, mesmo que ele fosse escravo e, portanto, apenas um instrumento de trabalho. A obra, então, pertencia ao senhor, mas, a autoria, e consequentemente, a glória do feito, era do artista, como tal reconhecido e festejado.

No século XVI, cabia ao governante designar os bens que deveriam integrar o patrimônio cultural de seu país. Sobre o tema, cabe colacionar os apontamentos de José Eduardo Ramos Rodrigues¹⁸ sobre episódio envolvendo o Rei Filipe II da Espanha e as obras de Turner e Rembrandt:

Assim, por exemplo, foram os reis da Espanha que determinaram, a seu gosto, a composição do Museu do Prado, nascido a partir das coleções reais. Como o rei Filipe II não apreciava El Greco, o Prado tem pouquíssimas obras desse genial pintor. Turner, por ser inglês, e Rembrandt, por ser holandês, isto é, pertencerem a nações inimigas tradicionais da Espanha, não puderam ter suas obras adquiridas... Imagine-se qual não foi o prejuízo sofrido pelo patrimônio cultural espanhol em razão do gosto ou da opinião política de seus antigos governantes? Não nos olvidemos dos tempos mais recentes, quando regimes totalitários como o nacional-socialismo e o stalinismo, que ao considerarem a arte moderna "degenerada" ou "decadentista burguesa", por puro preconceito ideológico, promoveram a destruição ou dispersão sistemática de valiosos acervos artísticos.

Claro, a subjetividade que antes imperava no Estado absolutista não tem mais lugar. Contudo, embora haja regulamentação internacional sobre o tema, não há consenso absoluto entre as legislações protetivas da cultura em todas as nações. Sobre o tema, refere Soares¹⁹:

¹⁵ BARBOSA, Ruy. **Obras completas**. Tomo II. P. 246. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1942.

¹⁶ FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. DELGADO, Tiago Medeiros. O Estado Islâmico e a aplicabilidade das normas de proteção do patrimônio cultural durante conflitos armados não internacionais. P. 21. Disponível em: <www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/view/184>. Acesso em: 29 jan. 2021.

¹⁷ VALÉRIO, Marco Aurélio. **Direitos do artista plástico**. V Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Vol. 1. P. 3. Salvador: 2009.

¹⁸ RODRIGUES, José Eduardo Ramos. Importância e responsabilidade dos conselhos municipais do patrimônio cultural. P. 28. Belo Horizonte: IEDS, 2009.

¹⁹ SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. P. 51. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

A maioria dos países democráticos já debate o tema da identificação e seleção dos bens culturais e não há respostas definitivas nem muitos mecanismos e instrumentos consolidados para o trato patrimonial. No momento, como reflexo dessa discussão o que ocorre no âmbito jurídico brasileiro é a reunião de elementos conceituais, princípios e instrumentos que permitam a construção jurídica de uma teoria geral do direito ao patrimônio cultural, que atenda às especificidades da acumulação dos bens culturais pelos residentes no país e da atual produção cultural brasileira.

Com o advento do Estado Moderno, a responsabilidade pela identificação dos bens culturais a serem preservados foi retirada dos detentores do poder e passada a órgãos colegiados sob a tutela estatal, aos quais coube a declaração do seu valor cultural (MENDES; LEITE JÚNIOR, 2018). Alguns autores, a exemplo de Soares (2009), entendem que seria necessária uma maior participação da sociedade nesse procedimento, de modo que os órgãos colegiados pudessem sofrer influência de mecanismos participativos.

No século XX houve, o surgimento de um grande movimento transnacional que visava construir um consenso global acerca da produção de normas destinadas à preservação e promoção dos bens culturais, bem como conscientizar a população mundial sobre a essencialidade do tema, o que se passa a abordar no item que segue.

3. PATRIMÔNIO CULTURAL COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Uma vez já estabelecido o conceito de direitos humanos e delimitado o que se reconhece como patrimônio cultural, passa-se à análise da intersecção dos temas e das nuances que os acompanham.

O direito à cultura é reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos²⁰, em seus artigos 22 e 27. O objetivo do presente trabalho é aprofundar as razões, os motivos de se entender essa modalidade de direitos como merecedor de status elevado de proteção.

Artigo 22

Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

[...]

Artigo 27

1. Todo ser humano tem o direito de participar livremente da vida cultural da comunidade, de fruir as artes e de participar do progresso científico e de seus benefícios.

²⁰ Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Portal Unicef. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 26 jan. 2022.

2. Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor.

Sobre a paridade de importância dos direitos elencados como protetores da dignidade da pessoa humana, oportuno trazer à baila os pertinentes apontamentos de Flávia Piovesan²¹:

Os direitos econômicos, sociais e culturais estão em paridade, em grau de importância. Tão importante quanto a liberdade de expressão é o acesso à saúde, à educação e ao trabalho. Tão grave quanto morrer sob tortura é morrer de fome. Há uma paridade com relação ao eixo liberdade e ao eixo igualdade. Não bastando isso, a visão integral dos direitos humanos, ou seja, a declaração compõe o catálogo de direitos civis e políticos ao catálogo de direitos econômicos, sociais e culturais, firmando, assim, uma relação de interdependência, inter-relação e indivisibilidade. Não só estão em pé de igualdade mas um depende do outro. Não há verdadeira liberdade sem igualdade ao passo que há verdadeira igualdade sem liberdade.

Para compreender a motivação da valoração especial do direito ao patrimônio cultural, passa-se ao seu estudo pormenorizado, analisando-se sistematicamente seus elementos.

3.1. O Direito à Cultura na teoria de Karel Vasak

Na análise do tema proposto, parece adequada a compreensão da natureza jurídica dos direitos humanos, a fim de se averiguar se o patrimônio cultural se encaixa nessa modalidade de direitos.

Os direitos humanos, como visto no primeiro item do presente estudo, são construídos em diferentes contextos históricos e sociais, se moldando às necessidades de cada época e local, isso dá a eles uma noção de evolução. A partir desse ponto de vista, em 1979, o jurista Karel Vasak²² desenvolveu a ideia de dimensões de direitos, que ajuda a situar as diferentes categorias de direitos analisando-se o contexto em que surgiram.

A primeira dimensão abrange direitos que protegem o particular do Estado, surgem num contexto histórico de forte limitação do poder. Estabelecem uma fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública. Sobre o cenário em que se desenvolveu a delimitação dos direitos de primeira geração, Daniel Sarmento²³ leciona:

Dentro deste paradigma, os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados". Eles demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o "jardim e a praça". Nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Revista TST. Vol. 75. N. 1. P. 108. Brasília: 2009.

²² VASAK, Karel. **For the third generation of human rights: the rights of solidarity, inaugural lecture, tenth study session**. International Institute of Human Rights, July 1979. In: VASAK, K. The international dimension of human rights. Vol. I e II. Paris: Unesco, 1982.

²³ SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Ed. 2. P. 12. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

o grupo e sobre o Estado. Conforme afirmou Canotilho, no liberalismo clássico, o “homem civil” precederia o “homem político” e o “burguês” estaria antes do “cidadão”. [...] No âmbito do Direito Público, vigoravam os direitos fundamentais, erigindo rígidos limites à atuação estatal, com o fito de proteção do indivíduo, enquanto no plano do Direito Privado, que disciplinava relações entre sujeitos formalmente iguais, o princípio fundamental era o da autonomia da vontade.

Paulo Bonavides²⁴ analisa os direitos de primeira dimensão ressaltando sua correspondência à fase inicial do constitucionalismo ocidental, o que não significa que sejam superados ou defasados pelas dimensões seguintes:

[...] os direitos fundamentais de primeira dimensão representam exatamente os direitos civis e políticos, que correspondem à fase inicial do constitucionalismo ocidental, mas que continuam a integrar os catálogos das Constituições atuais (apesar de contar com alguma variação de conteúdo), o que demonstra a cumulatividade das dimensões.

Os direitos de segunda dimensão, a seu turno, são caracterizados pela sua natureza social, cultural e econômica. Neste momento, a sociedade passou a exigir uma efetiva atuação do Estado para o resguardo de direitos. Sobre o tema, comenta Marmelstein²⁵:

[...] os direitos de primeira geração tinham como finalidade, sobretudo, possibilitar a limitação do poder estatal e permitir a participação do povo nos negócios públicos. Já os direitos de segunda geração possuem um objetivo diferente. Eles impõem diretrizes, deveres e tarefas a serem realizadas pelo Estado, no intuito de possibilitar aos seres humanos melhores qualidade de vida e um nível de dignidade como pressuposto do próprio exercício da liberdade. Nessa acepção, os direitos fundamentais de segunda geração funcionam como uma alavanca ou uma catapulta capaz de proporcionar o desenvolvimento do ser humano, fornecendo-lhe as condições básicas para gozar, de forma efetiva, a tão necessária liberdade.

Os direitos de segunda dimensão relacionam-se diretamente com a coletividade e refletem um caráter antiliberal, vez que necessitam de proteção dos entes públicos para que possam ser materializados na vida dos cidadãos²⁶:

[...] são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula.

Por sua vez, a terceira dimensão abarca direitos de solidariedade e fraternidade. Neste momento, houve um desprendimento do homem-indivíduo e um destaque aos interesses da coletividade. Paulo Bonavides²⁷ comenta os direitos de terceira dimensão referindo:

Com efeito, um novo polo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo,

²⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 14 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

²⁵ MARMELESTEINS, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

²⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 Ed. P. 517. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

²⁷ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 Ed. P. 569. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.

Com relação à sua natureza jurídica, percebe-se, então, que o direito à cultura integra a segunda dimensão, pois é direito garantido à coletividade, como forma de proteção da ideologia e da intelectualidade dos povos através dos tempos que, para ser preservado, necessita de resguardo advindo, inclusive, do Estado.

3.2. Análise sistemática do Direito à Cultura

Diante do que já foi exposto, é possível constatar que o direito à cultura possui relevância antropológica suficiente para ser encarado como direito humano e, mais do que isso, se encaixa na classificação clássica sobre as dimensões desses direitos. Contudo, resta analisar se o direito do cidadão ao patrimônio cultural é dotado das características atribuídas aos demais direitos humanos.

A doutrina clássica aponta como principais características dos direitos humanos a historicidade, a inalienabilidade, a irrenunciabilidade e a imprescritibilidade, que compõem uma proteção de intangibilidade aos direitos tidos como essenciais a uma vida digna.

3.2.1. Historicidade

Sabe-se que os direitos humanos são fruto do processo de desenvolvimento histórico, resultam de uma longa caminhada marcada por lutas que objetivavam a transformação das aspirações sociais em direitos garantidos. Consequentemente, os direitos humanos não surgiram todos ao mesmo tempo, mas gradativamente, em diferentes momentos históricos. Sobre o tema, dignas de nota as reflexões de Bobbio²⁸:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas [...] o que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas.

Como abordado no item que tratou da definição e das origens do patrimônio cultural, sobre este direito em específico recai o pesado manto da historicidade. É possível delimitar variadas

²⁸ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. P. 5-19. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

funções da cultura, mas uma das principais é contar a história do povo ao qual pertence. Acerca a influência do elemento histórico sobre os direitos culturais, leciona Lúcio Menezes Ferreira²⁹:

O passado, configurado pelo patrimônio arqueológico, assenta-se num campo minado. É que o passado ainda não passou. O patrimônio arqueológico torna-o palpável, tangível. O passado, materializado pela cultura material, é sempre institucionalizado. Compõe as relações de força das sociedades. As representações culturais sobre o passado articulam as táticas de governo, as estratégias de poder, de cultura e sociedade.

Percebe-se, então, que o fator histórico e a cultura são elementos que se retroalimentam, ou seja, um sofre influência do outro para cunhar a si próprio.

3.2.2. Inalienabilidade

Os direitos fundamentais não podem ser vendidos, doados, emprestados. A inalienabilidade resulta da dignidade da pessoa humana, sendo que o homem jamais poderá deixar de ser homem, tendo sempre os direitos fundamentais como alicerce para garantia de tal condição³⁰. A inalienabilidade resguarda a potencialidade do ser humano e de sua autodeterminação. Essa característica visa proteger a vida e as condições normais de saúde física e mental, além de, obviamente, assegurar a liberdade na tomada de decisões. Claro, há exceções – relativas, não absolutas; temporárias, não perpétuas – relacionadas àqueles que têm repercussão econômica, como o direito à imagem e o direito autoral.

Sendo o direito ao patrimônio cultural uma ferramenta de asseguramento da intelectualidade dos povos, entende-se que a característica da inalienabilidade se aplica com vigor a essa modalidade de proteção dos direitos humanos.

A cultura é elemento supramaterial, ou seja, embora se consubstancie ora em bens materiais e ora em bens imateriais, seu significado vai além dessa delimitação. O patrimônio cultural é um véu onipresente sobre os povos. Daí porque a simples comercialização de artefatos com relevância cultural não significa mitigar a característica da inalienabilidade presente no patrimônio cultural. Isso porque, o objeto (material ou imaterial) não é cultura por ser o que é, mas por carregar nele valor cultural que existe em decorrência de uma gama de elementos formadores/transformadores.

²⁹ FERREIRA, Lúcio Menezes. **Patrimônio arqueológico, pós-colonialismo e leis de repatriação**. In: FUNARI, Pedro Paulo Abreu. PELEGRINI, Sandra. RAMBELLI, Gilson. Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais. Vol. 1. P. 67-85. São Paulo: Annablume, 2009.

³⁰ DIÓGENES JÚNIOR, José Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29837/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais#_ftnref4>. Acesso em 25 jan. 2022.

3.2.3. Irrenunciabilidade

Em razão da fundamentalidade dos direitos humanos na dignidade da pessoa humana, eles não podem ser abdicados pelo seu titular, uma vez que esses direitos possuem uma eficácia objetiva que atinge não somente o seu portador direto, mas toda a coletividade. Também não é uma característica absoluta. Nos direitos relacionados à privacidade, por exemplo, o entendimento atual é que pode haver uma cessão relativa e temporária, desde que observado o princípio da proporcionalidade – como ocorre com os participantes de reality shows. Sobre a mitigação da interpretação do conceito de irrenunciabilidade sobre os direitos humanos, José Afonso da Silva (2010) ressalta que "pode-se deixar de exercê-los, mas não se admite sejam renunciados".

Verifica-se que a característica da irrenunciabilidade se aplica fortemente à cultura. Isso porque a cultura é qualidade intrínseca de um povo. Não se pode abdicar de si mesmo, de sua história e concepção. Os apontamentos realizados sobre os bens materiais e imateriais quando do estudo da inalienabilidade – item anterior – também se aplicam à irrenunciabilidade. O fato de se abdicar de determinado bem não significa abdicar do patrimônio cultural, que é elemento formador da sociedade que integra.

Especificamente sobre o patrimônio cultural físico, Marcus Dohmann³¹, ao citar Weiner, faz apontamentos acerca da utilização da cultura como representação da identidade de uma nação:

[...] nós usamos objetos para fazer declarações sobre nossa identidade, nossos objetivos, e mesmo nossas fantasias. Através dessa tendência humana, de atribuir significados aos objetos, aprendemos desde tenra idade que as coisas que usamos veiculam mensagens sobre quem somos e sobre quem buscamos ser. [...] Estamos intimamente envolvidas com objetos que amamos, desejamos, com os que presenteamos ou outros. Marcamos nossos relacionamentos com objetos [...] Através dos objetos fabricamos nossa autoimagem, cultivamos e intensificamos relacionamentos. Os objetos guardam ainda o que no passado é vital para nós. [...] Não apenas nos fazem retroceder no tempo, como também tornam-se os tijolos que ligam o passado ao futuro"

Sobre a irrenunciabilidade do patrimônio cultural (material e imaterial), parece oportuno realizar reflexão relacionada com os períodos históricos de conquista e tomada de territórios, a exemplo da invasão mongol da Rússia iniciada por volta de 1223. Naquele momento, os exércitos mongóis tomaram o território e forçaram o povo dominado a incorporar a cultura do povo dominante. Veja-se, não se fala de renúncia, porque a cultura do povo dominado não foi abdicada, mas extirpada. Apenas a título de contraponto, existiram invasões e tomadas em que não houve restrição grave à cultura de origem, como ocorreu com império Otomano na Arábia

³¹ DOHMANN, Marcus. **A experiência material: a cultura do objeto**. P. 44. Rio de Janeiro: Rio Books, 2013.

Saudita a partir de 1453, que permitia que a religião, costumes e demais práticas culturais permanecessem desde que o povo concordasse em reconhecer seu novo líder.

3.2.4. Imprescritibilidade

Os direitos humanos, falando de modo geral, não desaparecem com o tempo, são sempre exercíveis, não são perdidos pela falta de uso. Essa característica também não é absoluta, isto é, há direitos humanos que relativizam a sua aplicação. Pode atingir, por exemplo, direitos relacionados à propriedade (a título de curiosidade, cabe referir que a propriedade é direito humano reconhecido pela Declaração Universal dos Direitos Humanos no seu artigo 17).

Essa característica está presente com bastante força nos direitos relacionados à cultura, uma vez que eles carregam a herança intelectual dos povos através dos tempos. Interpretação em contrário tornaria inócua a proteção à memória histórica que se visa resguardar.

Aspecto relevante atinente ao trato da imprescritibilidade do direito à cultura é o recentemente bastante discutido repatriamento da arte, por meio da qual os objetos da cultura material que foram retirados de seus territórios originais em séculos passados passaram a ser reivindicados. Isso é um resultado direto dos processos de descolonização. Como exemplo, se pode citar a iniciativa francesa em 2017 de devolver artefatos históricos à África Subsaariana.

A busca da preservação dos elementos culturais formadores da identidade dos povos não pode ser limitada pela prescrição. O valor do direito protegido está acima da normatização restritiva, ou seja, não se curva ao tempo ou à inércia, é perene, imperecível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Perpassando a origem dos direitos mais fundamentais da pessoa humana nos primórdios da civilização – abrangendo desde as concepções formuladas pelos hebreus –, analisando sua evolução através da idade média e moderna, chega-se à sua conceituação contemporânea, em que os direitos humanos – universais, indivisíveis e interdependentes – consubstanciam modalidade de direitos cuja proteção é indispensável para assegurar as mínimas condições de exercício da dignidade da pessoa humana.

A cultura, compreendida como o conjunto de elementos materiais e imateriais que constroem e desenvolvem a vida e a identidade humana, é reconhecida internacionalmente também como direito humano que deve ser assegurado. Os elementos históricos angariados no trabalho demonstram que desde a Roma antiga há registros de legislações com intuito de resguardar o patrimônio cultural, reconhecendo assim sua importância como recurso de

preservação da memória intelectual dos povos. O estudo proposto realizou apontamentos acerca da evolução do trato da cultura na legislação mundial, até chegar-se na legislação transnacional atual, que reconhece o direito à cultura como direito humano merecedor de tutela especial, indicado expressamente no texto magno sobre o tema, qual seja a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

No entanto, o atual resguardo expresso do direito à cultura na legislação protetora dos direitos humanos não foi o principal objeto de estudo do presente artigo. A pesquisa se propunha precipuamente a realizar uma análise das entrelinhas, do entorno, da justificativa para a inclusão da proteção ao patrimônio cultural nos textos de maior relevância que protegem os direitos humanos. Para isso, analisou-se a teoria de Karel Vasak, verificando-se que, estando a cultura inserida nos direitos de segunda geração, há justificativa para que seja tratada e protegida como direito de fundamental relevância. Além disso, realizou-se análise sistêmica das principais características dos direitos humanos indicadas pela doutrina clássica, percebendo-se que o direito ao patrimônio cultural é dotado fortemente de historicidade, inalienabilidade, irrenunciabilidade e imprescritibilidade.

Conforme verificado, o patrimônio cultural se expressa por uma infinidade de formas e elementos da sociedade, reforma identidades, promove solidariedade, recupera memórias, ritualiza sociabilidades e transmite legados para o futuro. A importância da arte no âmbito jurídico reside não apenas na forma de compreensão da sociedade, mas essencialmente como matéria intrínseca do homem e sua forma de convivência, de modo que torna pertinente ao direito também proteger e regular esse aspecto de expressão. Conclui-se, dessa forma, que os direitos humanos – sejam eles civis, políticos, econômicos, sociais, culturais, individuais ou coletivos – estão em paridade, possuem o mesmo grau de importância e, consequentemente, se justifica a utilização dos mesmos instrumentos de proteção.

REFERÊNCIAS

ÁLVAREZ, José Luís. **Estudios jurídicos sobre el patrimonio cultural de España**. Madri: Marcial Pons, 2004.

Assembleia Geral das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Portal Unicef. Disponível em: <<https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em 26 jan. 2022.

BACHELET, Michel. **Ingerência ecológica: direito ambiental em questão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

BARBOSA, Ruy. **Obras completas**. Tomo II. P. 246. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Saúde, 1942.

BARRETO, Rafael. **Direitos humanos**. Ed. 7. Salvador: Editora Jus Podivm, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 7 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 Ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2006.

COSTA, Karine Lima da. PIRES, Kimberly Terrany Alves. **Repatriação e restituição de bens culturais: caminhos possíveis**. Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura e Sociedade. Vol. 06. Alegrete: Editora CLAE, 2020.

CRUZ, Paulo Márcio. **Da soberania à transnacionalidade: democracia, direito e estado no século XXI**. Itajaí: Univali, 2014.

CRUZ, Paulo Márcio. BODNAR, Zenildo. XAVIER, Grazielle. **Pensar globalmente e agir localmente: o estado transnacional ambiental em Ulrich Beck**. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/grazielle_p_xavier.pdf>. Acesso em 13 dez. 2021.

DANTAS, Álvaro Jáder Lima. **A retórica como base de um conhecimento comum para as artes e direitos humanos**. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: 2021.

DIÓGENES JÚNIOR, José Nogueira. **Aspectos gerais das características dos direitos fundamentais**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/29837/aspectos-gerais-das-caracteristicas-dos-direitos-fundamentais#_ftnref4>. Acesso em 25 jan. 2022.

DOHMANN, Marcus. **A experiência material: a cultura do objeto**. Rio de Janeiro: Rio Books, 2013.

FERREIRA, Lúcio Menezes. **Patrimônio arqueológico, pós-colonialismo e leis de repatriação**. In: FUNARI, Pedro Paulo Abreu. PELEGRI, Sandra. RAMBELLI, Gilson. Patrimônio cultural e ambiental: questões legais e conceituais. Vol. 1. São Paulo: Annablume, 2009.

FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. DELGADO, Tiago Medeiros. **O Estado Islâmico e a aplicabilidade das normas de proteção do patrimônio cultural durante conflitos armados não internacionais**. Disponível em: <www.revistadeestudosinternacionais.com/uepb/index.php/rei/article/view/184>. Acesso em: 29 jan. 2021.

GUIMARÃES, Débora Soares. A internacionalização dos direitos humanos: uma análise da proposta liberal universalizante. **Revista CEJ**. N. 59. Brasília: 2013.

HOBBS, Eric J. **A era dos impérios: 1875 – 1914**. Rio de Janeiro: Editora Paz e Terra, 2012.

HUNT, Lynn. **A invenção dos direitos humanos: uma história**. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

HUTT, Sherry; BLANCO, Caroline Meredith; HARRIS, Stan N. Cultural property law: a practitioner's guide to the management, protection, and preservation of heritage resources. 2 Ed. Chicago: American Bar Association, 2016.

LEAL, Rogério Gesta. Direitos humanos no Brasil: desafios à democracia. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 1997.

LUNA, Rayssa Kallyane Cruz de. **O direito fundamental à liberdade artística: eficácia questionada pela imposição de limites**. Universidade Federal da Paraíba. João Pessoa: 2014.

MACHADO, Rui Manuel das Neves Azevedo. **Defesa do patrimônio cultural em caso de conflito armado: implementação das medidas de proteção em Portugal**. Universidade Nova de Lisboa. Lisboa: 2018.

MAIA, Mariana Lima. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **O direito e a arte: o sistema jurídico como barroco segundo Richard Sherwin**. Universidade Federal da Paraíba. XXIV Encontro de Iniciação Científica. Anais. João Pessoa: 2017.

MARMELSTEINS, George. **Curso de direitos fundamentais**. 4 ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

MEDEIROS, Diane Adelaide. FRANCA FILHO, Marcílio Toscano. **O direito da arte no Brasil: Uma cartografia bibliográfica**. Colóquio Internacional de Direito e Literatura. 7 Ed. Passo Fundo, 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Ato administrativo e direitos dos administrados**. São Paulo: RT, 1981.

MENDES, Marcelo. LEITE JÚNIOR, Zany Estael. **O patrimônio histórico como direito transnacional à cultura**. In: Meio ambiente natural e artificial: interfaces legais. Universidade do Vale do Itajaí. Itajaí: 2018.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. **Direito à reparação de danos ao patrimônio cultural é imprescritível**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-jun-02/direito-reparacao-danos-patrimonio-cultural-imprescritivel>>. Acesso em 20 jan. 2021.

NABAIS, José Casalta. **Introdução ao direito do património cultural**. 2 ed. São Paulo: Editora Almedina, 2010.

OLIVEIRA, Elizabeth Silva de. **A teoria das gerações dos direitos, o custo dos direitos e o direito à cultura**. Centro Universitário de Brasília. Brasília: 2012.

PAIVA, Carlos Magno de Souza. **O regime jurídico do bem cultural edificado no Brasil**. Ouro Preto: Editora UFOP, 2010.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: desafios e perspectivas contemporâneas**. Revista TST. Vol. 75. N. 1. Brasília: 2009.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.

RICALDES, João. **História da arte em 20 lições**. Mogi Mirim: Editora Clube de Autores, 2021.

ROBICHEZ, Juliette. A destruição deliberada do patrimônio cultural da humanidade nos conflitos armados como instrumento de aniquilamento da dignidade da pessoa humana a gênese da proteção jurídica do patrimônio cultural. **Revista Diálogos Possíveis**. Ano 14. N 1. Salvador: 2015.

RODRIGUES, José Eduardo Ramos. **Importância e responsabilidade dos conselhos municipais do patrimônio cultural**. Belo Horizonte: IEDS, 2009.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Ed. 2. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SOARES, Inês Virgínia Prado. **Direito ao (do) patrimônio cultural brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SODER, José. **Direitos do homem**. São Paulo: Companhia Editorial Nacional, 1960.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2010.

VALÉRIO, Marco Aurélio. **Direitos do artista plástico**. V Encontro de Estudos Multidisciplinares em Cultura. Vol. 1. Salvador: 2009.

VASAK, Karel. **For the third generation of human rights: the rights of solidarity, inaugural lecture, tenth study session**. International Institute of Human Rights, July 1979. In: VASAK, K. The international dimension of human rights. Vol. I e II. Paris: Unesco, 1982.

VILELA, Helena Cristina Aguiar de Paula. A crise da soberania e a era do constitucionalismo dos direitos humanos. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**. N. 34. Porto Alegre: 2016.

VOLTAIRE, François Marie Arouet de. **Tratado sobre a tolerância**. São Paulo: Editora Lafonte, 2017.

ZACCARA, Madalena. **A pena e o pincel: o projeto de lei de Pedro Américo sobre a propriedade artística e literária e o diálogo entre política, direito, história e arte**. Revista de Direito Civil Contemporâneo. N. 2. Vol. 3. São Paulo: Editora RT, 2015.

RELAÇÃO DE INTERDEPENDÊNCIA: A DEMOCRACIA E O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE NO BRASIL EM BUSCA DA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

RELATIONSHIP OF INTERDEPENDENCE: DEMOCRACY AND THE CONTROL OF CONVENTIONALITY IN BRAZIL IN SEARCH OF THE EFFECTIVENESS OF HUMAN RIGHTS

Patricia Grazziotin Noschang¹

Micheli Piucco²

RESUMO

Essencial para a proteção, garantia e efetivação dos direitos humanos no plano estatal, o Estado Democrático de Direito é paradigmático neste processo, a partir da contextualização histórico-normativa que demonstra que a ratificação de tratados internacionais somente é possível quando há uma democracia. Entretanto, a ratificação não é em si suficiente para garantir a aplicabilidade dos direitos humanos. Como forma de controle, o Sistema Interamericano de Proteção e Promoção aos Direitos Humanos instituiu um controle para garantir a aplicação efetiva dos tratados ratificados pelos Estados: o controle de convencionalidade das leis. O presente trabalho tem como objetivo analisar, a partir do método de abordagem dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica, que os direitos humanos se consolidam e são garantidos a partir da instituição de um Estado Democrático de Direito, mas que ainda podem ser violados e, para isso, contam com instrumentos internacionais como forma de protegê-los. Assim, busca-se analisar a relação de interdependência entre democracia, direitos humanos e do controle de convencionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Convencionalidade. Democracia. Direitos Humanos. Sistemas Interamericano.

ABSTRACT

Essential for the protection, guarantee and implementation of human rights at the state level, the Democratic State of Law is paradigmatic in this process, based on the historical-

¹ Doutora e Mestre em Direito e Relações Internacionais-PPGD/UFSC. Professora do Mestrado e da Graduação em Direito da UPF. Coordenadora dos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado e do Educação em Direitos Humanos para Juventude e do Grupo de Pesquisa: "A efetividade dos Direitos Humanos no Plano Internacional: Migração e Refúgio".

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC com período sanduíche na Universidad de Burgos - Espanha (PSDE/CAPES). Mestra em Direito. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora da Universidade de Passo Fundo na Graduação em Direito e nos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado e Educação em Direitos Humanos para Juventude.

normative contextualization that demonstrates that the ratification of international treaties is only possible when there is a democracy. However, ratification is not in itself sufficient to guarantee the applicability of human rights. As a form of control, the Inter-American System for the Protection and Promotion of Human Rights instituted a control to guarantee the effective application of treaties ratified by States: the control of conventionality of laws. The present work aims to analyze, from the deductive approach method and the bibliographic research technique, that human rights are consolidated and guaranteed from the institution of a Democratic State of Law, but that they can still be violated and, for this, they rely on international instruments as a way of protecting them. Thus, we seek to analyze the interdependent relationship between democracy, human rights and conventionality control.

KEY-WORDS: Conventionality Control. Democracy. Human rights. Inter-American Systems.

INTRODUÇÃO

A proteção dos direitos humanos está vinculada ao ideário da paz e ao Estado Democrático de Direito. Historicamente esta afirmação está confirmada, pois os principais instrumentos internacionais para a proteção dos direitos humanos começaram a ser elaborados e firmados após a Segunda Guerra Mundial.

O primeiro documento oficial de proteção aos direitos humanos em âmbito global no século XX foi a Declaração Universal de Direitos Humanos, aprovada em forma de Resolução na Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948 e a qual traz uma série de direitos e valores considerados comuns a todos os Estados. É também no pós-guerra que surgiram os Sistemas de Proteção aos Direitos Humanos.

No âmbito universal vinculado à Organização das Nações Unidas e, regionalmente, estruturados a partir dos Sistemas Europeu, Americano e Africano, buscam, em âmbito universal e regional, a proteção e promoção dos direitos humanos. Referidos sistemas, foram estabelecidos por tratados, que por sua vez, foram assinados e ratificados pelos Estados em atos de soberania. Assim, os sistemas de proteção aos direitos humanos só foram criados devido ao reconhecimento e aprovação dos Estados que a eles se vincularam. Quando aos Estados Partes legitimam tais sistemas, os ratificando, pressupõe-se que cumprirão com as obrigações contraídas, seguindo as normativas quanto ao direito dos tratados.

Dessa forma, o presente trabalho busca demonstrar pelo método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica, que considerando a evolução dos direitos humanos nas democracias, os sistemas regionais de proteção aos direitos humanos instituíram controles para garantir a aplicação efetiva dos tratados ratificados pelos Estados, dentre eles, o controle de

convencionalidade das leis. Demonstra-se a essencialidade de um Estado Democrático de Direito para a efetivação dos direitos humanos, porém a democracia por si só não é suficiente, soma-se a ela o controle de convencionalidade como instrumento de garantia e efetivação dos direitos humanos.

1. A DEMOCRACIA COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

A democracia é essencial para efetivar os direitos humanos, sem a qual não seria possível aviventar nenhuma forma de respeito ao direito alheio, tampouco garantir proteção aos direitos fundamentais de cada cidadão. Verifica-se que é nos países sem democracia que se encontram os maiores desrespeitos e violações aos direitos humanos, onde os indivíduos não têm instrumentos de garantia ou formas de reivindicá-las.

A democracia aqui referenciada é aquela proposta e garantida pelo Estado liberal que surge após a II Guerra Mundial, pois a consolidação da proteção aos direitos humanos em âmbito universal também se remete ao período. Esta democracia que segundo Bobbio está em transformação e este é o seu curso, seu “estado natural”. Nas palavras do autor: “[...] a democracia é dinâmica, o despotismo é estático e sempre igual a si mesmo”.³ Por isso, o autor afirma que a democracia está em transformação e não em crise.

Entende-se que os direitos humanos são compromissos internacionais firmados pelos Estados, decorrentes dos sistemas universal e regionais de proteção e promoção aos direitos humanos. Tais direitos reconhecidos pela assinatura dos Estados em âmbito internacional ou regional ao serem recepcionados pelo ordenamento jurídico estatal via processo de ratificação, passam a ser considerados direitos fundamentais. Assim os princípios previstos na Declaração Universal de Direitos Humanos ao serem incorporados no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, fazem parte do Título II denominado de: “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.⁴

Destaca-se o disposto no § 2º, do art. 5º, da Constituição Federal, que determina que os direitos e garantias estabelecidos constitucionalmente, não excluem os decorrentes de tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Assim, a Carta constitucional brasileira possibilita a abertura do ordenamento interno para o ordenamento internacional, mas considerando os instrumentos internacionais ratificados pelo Estado em seu processo interno determinado pela Constituição Federal.

³ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017, p. 23.

⁴ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 ago. 2019.

No mesmo sentido, assevera Ingo Sarlet que “os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo [...]” quando cada indivíduo tem reconhecido internamente os direitos de igualdade, a liberdade real e os direitos políticos que garantem a possibilidade de participação – esses são “[...] fundamento funcional da ordem democrática e, neste sentido, parâmetro da sua legitimidade”.⁵

A democracia é elemento chave para a possibilidade de o indivíduo ter seus direitos previstos e garantidos pelo Estado. Bobbio ainda soma a estas duas premissas a ideia da paz prevista na obra de Kant. Nas palavras do autor, os direitos humanos (do homem), a paz e a democracia são parte do mesmo movimento histórico “(...) sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica de conflitos”, assim, seguindo o autor “(...) a democracia é a sociedade dos cidadãos, e os súditos se tornam cidadãos quando lhes são reconhecidos alguns direitos fundamentais”.⁶

A democracia no Brasil não veio desde o princípio da formação do Estado, nem mesmo se falou em proteção de Direitos Humanos tão cedo. Foi somente após a queda do regime ditatorial ao final da década de setenta, em um momento em que o cenário mundial se voltava para o fim da Guerra Fria, que o Brasil promulgou sua primeira Constituição com enfoque na democracia.

Após o ano de 1985, o Estado brasileiro passou a ser reformulado, iniciando uma reinserção no sistema global, adotando importantes medidas para incorporar diversos instrumentos internacionais de proteção dos Direitos Humanos. Segundo Piovesan, a democracia ensejou “[...] um avanço extremamente significativo no âmbito do reconhecimento, cada vez maior, da existência de obrigações internacionais em matéria de direitos humanos”.⁷

José Afonso da Silva, considera, por sua vez, que a democracia consiste em um conceito histórico:

[...] *democracia* é conceito histórico. Não sendo por si um valor-fim, mas meio e instrumento de realização de valores essenciais de convivência humana, que se traduzem basicamente nos direitos fundamentais do homem, compreende-se que a historicidade destes a envolva na mesma medida, enriquecendo-lhe o conteúdo a cada etapa do evoluir social, mantido sempre o princípio básico de que ela revela um regime político em que o poder repousa na vontade do povo. Sob esse aspecto, a democracia não é um mero

⁵ SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 62-63.

⁶ BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. 2017, p. 93.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 404.

conceito político abstrato e estático, mas é um processo de afirmação do povo e de garantia dos direitos fundamentais que o povo vai conquistando no correr da história.⁸

A Constituição de 1988 abriu as portas para a democratização do Estado, bem como ao desenvolvimento e à proteção dos direitos humanos, iniciando sua participação na esfera internacional na proteção destes direitos, além da previsão já existente internamente. O Brasil após a promulgação da CF/88 passa a assinar e ratificar uma série de tratados referentes à proteção dos direitos humanos, tais como: Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, instrumentos internacionais em disciplinas específicas como referentes à tortura, aos direitos das mulheres, de pessoas com deficiência, entre outros.

Nesse sentido, o Estado brasileiro aceita que a comunidade internacional fiscalize e controle seu funcionamento em relação às obrigações assumidas, mediante um sistema de monitoramento efetuado por órgãos de supervisão internacional em âmbito universal e regional. Dessa forma, mesmo em situação de emergência, deve garantir e proteger um núcleo de direitos básicos e inderrogáveis, construídos não apenas pelo sistema nacional, mas pelas ratificações operadas no cenário internacional.⁹

Na esfera regional, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica em 1992. Reconheceu, ademais, a competência jurisdicional da Corte Interamericana de Direitos Humanos em dezembro de 1998. Desde então, as relações entre o Estado brasileiro e o Sistema Interamericano de Proteção aos Direitos Humanos foram se intensificando, ao passo que a democracia foi criando raízes, tratados foram ratificados e a proteção dos direitos humanos foi trazida como direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Na esfera internacional a Organização das Nações Unidas tem um papel precursor na proteção aos direitos humanos. Primeiramente com a aprovação na Assembleia Geral da Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948. Este é o primeiro documento a consolidar, em formas de princípios, os direitos individuais e coletivos das pessoas. Posteriormente, em 1966, tais direitos foram efetivados em dois tratados também no âmbito das Nações Unidas: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos Sociais e Culturais.¹⁰

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 125.

⁹ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2018, p. 100-101.

¹⁰ UNITED NATIONS. **Human Rights Office of the High Commissioner**. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

No caso do Pacto de Direitos Civis e Políticos há um Protocolo Facultativo que, se ratificado pelos Estados, permite ao indivíduo o direito de acesso ao Sistema Universal de Proteção aos Direitos Humanos – ONU, ou seja, a possibilidade de apresentar uma petição individual ao Comitê de Direitos Humanos caso algum dos direitos previstos no pacto seja violado pelo Estado e reste sem reparação.

Em âmbito universal, por exemplo, cada tratado do sistema ONU, ratificado pelo Brasil, tem um comitê que gerencia e, fiscaliza o cumprimento do compromisso internacional assumido pelo Estado ratificante. Já em âmbito regional a Organização dos Estados Americanos verifica o cumprimento dos seus tratados pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Salienta-se que a Carta da Organização dos Estados Americanos de 1948, tratado que criou a OEA, já no seu preâmbulo exalta a democracia representativa como condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região, bem como o objetivo de consolidar no Continente Americano “dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem”.¹¹

Entendendo, assim, a relação de interdependência dos direitos humanos com a democracia passa-se a demonstrar que o Estado democrático de direito não é suficiente para garantir a aplicação dos compromissos internacionais em matéria de direitos humanos assumidos pelo Estado brasileiro. Destaca-se que a relação de interdependência ocorre quando os direitos humanos para serem cumpridos necessitam da democracia.

Contudo, a democracia não é suficiente para a garantia dos direitos ratificados pelo Estado e é neste momento que se busca o controle de convencionalidade para verificar e fazer cumprir os compromissos internacionais assumidos pelo Estado violador dos direitos humanos em âmbito regional.

2. O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE DAS LEIS

O Controle de Convencionalidade das leis é um instrumento que visa compatibilizar as leis internas dos Estados com os tratados internacionais de direitos humanos que foram ratificados, onde os Estados comprometeram-se em observá-los. A expressão “controle de convencionalidade” tem origem na França em um julgamento do Conselho Constitucional francês em 1975.

¹¹ OEA. Carta de la Organización de los Estados Americanos. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

Na Decisão nº 74-54 DC, o Conselho Constitucional francês se declarou incompetente para analisar se uma lei interna era compatível com um tratado, no caso, a Convenção Europeia de Direitos Humanos. O Conselho compreendeu que era competente apenas para realizar o controle de constitucionalidade, ou seja, a compatibilidade da lei com a Constituição francesa e não um “controle de convencionalidade”, a partir de tratados internacionais e leis internas.¹²

No Sistema Interamericano a expressão controle de convencionalidade surge pela primeira vez em 2003 no voto apartado do Juiz Sérgio García Ramírez, no *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. No posicionamento do referido juiz, os atos praticados pelos agentes do Estado ao serem contrários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, são atos do Estado que devem estar sujeitos ao controle de convencionalidade.¹³

A expressão foi consagrada pela Corte Interamericana em 2006 no julgamento do *Caso Almonacid Arellano y Otros vs. Chile*, no qual a sentença reconhece que o Poder Judiciário dos Estados deve exercer uma “espécie de controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. A sentença ainda determinou que os Poderes Judiciários devem considerar também a jurisprudência da Corte no exercício do controle de convencionalidade, pois ela é considerada a última intérprete da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.¹⁴

No Brasil, o texto constitucional de 1988 possibilitou à abertura do ordenamento jurídico interno ao sistema de proteção dos direitos humanos, a partir do que é estabelecido pelo § 2º do art. 5º da Carta Magna Brasileira, que determina que os direitos e garantias abarcam os elencados em tratados internacionais.¹⁵

Com a promulgação da Constituição de 1988, o Brasil definitivamente assume compromisso com a comunidade internacional de proteger e promover os direitos humanos. A Constituição Federal de 1988 é inovadora ao trazer no art. 5º a previsão de proteção aos direitos humanos e garantias fundamentais, da mesma forma que a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. A prevalência dos direitos humanos também é um dos princípios contido no

¹² MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013a, p. 88; LAMOTHE, Oliver Duthellet. **Contrôle de conventionnalité et controle de constitutionnalité em France**. Disponível em Conseil Constitutionnel: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022, p. 01.

¹³ CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022, p. 65.

¹⁴ CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022, p. 53.

¹⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 2013a, p. 34.

art. 4º, somado aos princípios que a ele se relacionam como o da autodeterminação dos povos, o repúdio ao racismo e o da concessão de asilo político.¹⁶

A partir deste momento, passou-se a ter uma dupla fonte normativa, a advinda do direito interno e a advinda do direito internacional. Significando que quando as duas ordens se conflitarem, os operadores do direito interno devem aplicar a fonte mais favorável a pessoa humana, seguindo o princípio *pro homine*.¹⁷

Neste sentido pode-se afirmar que o controle de convencionalidade é realizado pelos juízes ao analisar o caso concreto quando verificam se um tratado, no caso de direitos humanos, está sendo aplicado devidamente no âmbito internacional ou interno. Assim segundo grande parte da doutrina fala-se em um controle de convencionalidade externo (internacional) e interno (nacional). Alguns também conceituam como controle de convencionalidade autêntico, e outros como difuso e concentrado.

Segundo Valério Mazzuoli o controle de convencionalidade poderá ser difuso quando um tratado for analisado por qualquer juiz ou tribunal, da mesma forma que ocorre com o controle difuso de constitucionalidade. E, será concentrado quando realizado pelo Supremo Tribunal Federal – STF, da forma em que se realiza o controle concentrado de constitucionalidade.¹⁸

O controle de convencionalidade autêntico é o que se realiza pelos juízes e tribunais internos em primeiro plano adequando a normatividade segundo os tratados internacionais e a interpretação da Corte Interamericana. Caberá a manifestação dos tribunais internacionais quando os Estados não realizarem o controle de convencionalidade frente a estes tratados e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.¹⁹

A lógica é a mesma do controle de constitucionalidade que ocorre no âmbito interno ao verificar a compatibilidade das normas constitucionais com as demais normas internas infraconstitucionais. Neste patamar o controle de constitucionalidade ocorre de maneira concentrada (realizado pelas altas cortes constitucionais) e difusa (realizado pelos demais juízes e/ou tribunais).

Importante ressaltar que o controle de convencionalidade não deve ser realizado

¹⁶ NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os Princípios que regem o Brasil nas suas Relações Internacionais. In: PILAU SOBRINHO, L.L.; RODRIGUES, Hugo Thamir Rodrigues. (Org.). **Constituição e política: na atualidade**. 1ed. Porto Alegre: , 2009, v. 1, p. 131.

¹⁷ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2013a, p. 37.

¹⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b, p. 775-776.

¹⁹ ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 326.

apenas no âmbito jurisdicional. Cabe também ao Poder Legislativo ao analisar um projeto de lei, assim como está atento à constitucionalidade do diploma legal proposto, deverá também observar se a norma é compatível com os tratados ratificados pelo Estado. E, também, ao Poder Executivo que deverá vetar lei *inconvencional* (que contrarie tratados já ratificados).

Neste sentido leciona Ingo Sarlet, que o controle de convencionalidade não é um controle de exclusividade do judiciário:

[...] O Poder Legislativo, quando da apreciação de algum projeto de lei, assim como deveria sempre atentar para a compatibilidade da legislação com a CF, também deveria assumir como parâmetro os tratados internacionais, o que, de resto, não se aplica apenas aos tratados de direitos humanos, mas deveria ser levado ainda mais a sério nesses casos. [...] Da mesma forma, o Chefe do Executivo deveria vetar lei aprovada pelo Legislativo quando detectar violação de tratado internacional, ainda que não se cuide aqui de um veto justificado pela eventual inconstitucionalidade da lei [...].²⁰

Assim, no entendimento de Valério Mazzuoli, para uma lei ser considerada válida no ordenamento interno, ela deve passar por dois crivos: o constitucional, referente a compatibilidade com a Constituição Federal e o convencional, em relação a compatibilidade com os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil faça parte.²¹

Assim, a partir do exercício do controle de convencionalidade, todos os órgãos internos ficam vinculados a respeitarem os tratados internacionais de direitos humanos, em decorrência das obrigações contraídas internacionalmente e, além disso, porque estão obrigados a realizarem o controle de convencionalidade das leis, conforme determinação da Corte Interamericana.

Ademais, é importante salientar, que além da verificação das normas constantes no sistema regional interamericano, os Estados ficam vinculados à jurisprudência do tribunal interamericano. Diante disso, o controle de convencionalidade é um instrumento de garantia da efetivação dos direitos humanos, pois mesmo que os tribunais internos não o realizem, os tribunais internacionais serão competentes para realizar a verificação e possível violação de direitos humanos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia como essencial para a efetiva proteção, promoção e garantia dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito ainda resta insuficiente por si. Assim, a realização

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013, p. 112.

²¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis. 2013a, p. 132-135.

do controle de convencionalidade das leis tem como objetivo verificar o cumprimento dos compromissos firmados pelos Estados em matéria de direitos humanos. É um controle que pode ser exercido internamente pelo poder judiciário dos Estados, como externamente pelos organismos internacionais competentes de onde emanaram tais compromissos.

Destacou-se neste trabalho o controle de convencionalidade realizado pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos exercido pela Corte Interamericana de Direitos Humanos considerando o disposto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Contudo, verifica-se que mesmo com a sentença da Corte determinando a violação de direitos referente ao descumprimento da Convenção Americana o Brasil, não cumpriu, especialmente, o determinado em duas sentenças referentes à invalidação da Lei da Anistia – Lei 6.683/79 – *Caso Gomes Lund e outros Vs. Brasil* e *Caso Herzog e outros vs. Brasil*.

Compreende-se que o controle de convencionalidade pode ser uma via para observar e fazer cumprir os compromissos internacionais firmados pelos Estados, pois permite que se a análise de tal controle não ocorrer internamente, pelas vias dos controles difusos e concentrado de convencionalidade, poderá ocorrer através de tribunais internacionais. Porém, isso só será possível se houver vontade política, considerando que a eficácia das decisões dependerão principalmente da atuação dos governantes.

REFERÊNCIAS

ALVES, Waldir. Controle de Convencionalidade das normas internas em face dos tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos equivalentes às Emendas Constitucionais. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

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

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 311 de 16/06/2009**. Disponível em:<<http://legis.senado.leg.br/norma/578043>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CORTE IDH. **Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile**. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CORTE IDH. **Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala**. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Disponível em:<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

LAMOTHE, Oliver Duthellet. **Contrôle de conventionnalité et controle de constitutionnalité em France**. Disponível em Conseil Constitutionnel: <<http://www.conseil->

constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank_mm/pdf/Conseil/madrid_odutheillet_avril_2009.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **O controle Jurisdicional da Convencionalidade das Leis**. 3ª Ed. Revista dos Tribunais, 2013a.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Teoria Geral do controle de convencionalidade no Direito Brasileiro. In: BOGDANDY, Armin von; PIOVESAN, Flávia; ANTONIAZZI, Mariela Morales. **Direitos Humanos, democracia e integração jurídica: emergência de um novo direito público**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2013b.

NOSCHANG, Patricia Grazziotin. Os Princípios que regem o Brasil nas suas Relações Internacionais. In: PILAU SOBRINHO, L.L; RODRIGUES, Hugo Thamir Rodrigues. (Org.). **Constituição e política: na atualidade**. 1ed.Porto Alegre: , 2009, v. 1.

OEA. **Carta de la Organización de los Estados Americanos**. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/afrodescendientes_manual_formacion_lideres_anexos.pdf>. Acesso em: 27 nov. 2022.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. São Paulo: Saraiva. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre as relações entre a Constituição Federal de 1988 e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos na perspectiva do assim chamado Controle de Convencionalidade. In: PIZZOLO, Calogero [et.al]. **Controle de Convencionalidade: um panorama latino-americano: Brasil/ Argentina/ Chile/México/Peru/Uruguai**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 13ª. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 2005.

UNITED NATIONS. **Human Rights Officie of the High Commissioner**. Declaração Universal de Direitos Humanos. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

A DISPARIDADE DAS PREMIAÇÕES ESPORTIVAS ENTRE HOMENS E MULHERES EM CONTRADIÇÃO AO PRINCÍPIO DA ISONOMIA

THE DISPARIFICATION OF SPORTS AWARDS BETWEEN MEN AND WOMEN IN CONTRADICTION TO THE PRINCIPLE OF ISONOMY

Caroline Bianchi Cunha

Marina Witter Puss

RESUMO

De início, foi realizado um estudo sobre as principais leis brasileiras que, após o advento da Constituição Federal de 1988, foram imprescindíveis para reduzir as disparidades de gênero no país. Todavia, em que pese referidas leis estarem em vigor, ainda persiste a colossal desigualdade de gênero no país e no mundo, tais como desigualdades salariais, de oportunidades, na política, bem como nas premiações esportivas e seus respectivos salários. Ainda, foi enfatizado como há divergência entre o princípio da isonomia, garantido constitucionalmente, e tais diferenças nas premiações esportivas. Por fim, verificou-se a necessidade do implemento de políticas públicas, e a criação de novas leis, que garantam a igualdade a homens e mulheres nas premiações esportivas e em todos os demais aspectos, sendo imprescindível, também, a participação ativa da sociedade civil para tanto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das mulheres. Igualdade de gênero. Princípio da isonomia. Premiações esportivas.

ABSTRACT

Initially, a study was carried out on the main Brazilian laws that, after the advent of the Federal Constitution of 1988, were essential to reduce gender disparities in the country. However, despite these laws being in force, colossal gender inequality still persists in the country and in the world, such as salary inequalities, inequalities in opportunities, in politics, as well as in sports awards and their respective salaries. Furthermore, it was emphasized how there is divergence between the principle of isonomy, constitutionally guaranteed, and such differences in sports awards. Finally, there was a need to implement public policies, and the creation of new laws, which guarantee equality for men and women in sports awards and in all other aspects, being essential, also, the active participation of civil society therefore.

KEYWORDS: Women's right. Constitution. Gender equality. Economic development.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca demonstrar a colossal desigualdade de gênero, com disparidades em diversos setores da sociedade, como no mercado de trabalho, através dos ganhos de salários das mulheres inferiores que aos dos homens e por meio da falta de oportunidades nas vagas de trabalho, em que pese com as mesmas qualificações que a dos homens; desigualdade na política, no qual se evidencia pelo número inferior de participação feminina ativa como eleitas nos variados cargos políticos do país; discrepância de violência de gênero contra as mulheres, em números alarmantes; e também, dentre as inúmeras desigualdades existentes entre homens e mulheres, a distinção dos valores recebidos nas premiações esportivas, em comparação com as mesmas competições ou esportes que os homens participam.

Além disso, o artigo abordou sobre as leis que buscam a igualdade de gênero no país, tais como a Lei Maria da Penha, a Lei 13.104/15, em que previu o feminicídio, o advento do Código Civil de 2002, em que institui progressos ao poder familiar e diversas outras mudanças garantindo a paridade de gênero; a Lei 9.504/97, no qual estabeleceu avanços nos direitos eleitorais das mulheres.

Ademais, a Constituição Federal de 1988, também dispõe, em diversos artigos de seu texto, o almejo de tais igualdades entre homens e mulheres, sendo exemplos os artigos 3º, inciso IV; 5º, caput e incisos I, VIII; 7º, XXX.

Também, fora analisado os princípios constitucionais, dentre eles, o princípio da isonomia, um dos princípios que visam assegurar a igualdade de gênero no país, eis que, busca assegurar que todos são iguais perante a lei, sendo considerado, inclusive, suas condições diferentes, afins de garantir integralmente tal isonomia.

Todavia, as distinções já vêm na constante disparidade salarial entre homens e mulheres que exercem as mesmas atividades esportivas. Nas diversas modalidades disputadas verifica-se que a premiação atribuída é muito menor quando se trata de uma competição feminina do que a conferida aos vencedores de competições masculinas. Quando da entrada da mulher na participação nas modalidades esportivas o intuito era acompanhar e prestar assistência aos seus maridos e familiares.

Na atualidade, as mulheres ocupam todas as modalidades, não apenas como espectadoras, mas como praticantes, atletas, técnicas, administradoras, jornalistas, árbitras, comentaristas.

Ocorre que, apesar dessa ocupação das mais diversas práticas, a desigualdade de gênero é encontrada na cobertura da mídia, na gestão dos dirigentes, assim como no contexto

financeiro. Um estudo da BBC concluiu que as mulheres recebem menores premiações se comparadas com competições masculinas na maioria dos esportes, e que

o maior nível de desigualdade é encontrado no basquete (BBC, 2017). O futebol, mais próximo da realidade das competições esportivas brasileiras, está em segundo lugar na lista de desigualdades.

Diversos são os motivos apontados como responsáveis pela desigualdade, dentre eles a antiguidade das modalidades e tempo em que as mulheres ingressaram no espaço esportivo, diferença na audiência televisiva, faturamento de associações, contribuições dos patrocinadores, vendas de entradas, etc.

Todas essas circunstâncias poderiam ser modificadas por políticas públicas de incentivo ao esporte, em conjunto com maior transmissão e visibilidade que deve ser impulsionada pelo poder público, bem como pela sociedade em geral.

As políticas públicas de promoção das igualdades nos espaços esportivos, bem como fiscalização dos salários e das premiações para competições esportivas deve ser feita no intuito de promover maior participação, socialização, autonomia, igualdade e emancipação de homens e mulheres, respeitando diferenças e singularidades, mas jamais permitindo que estas justifiquem disparidades infundadas.

1. A DESIGUALDADE DE GÊNERO NO PAÍS

É consagrada na Constituição Federal de 1988, diretrizes para garantir a igualdade de gênero no país, especialmente nos artigos 5º, caput, e inciso I, e artigo 3º, inciso I, eis que tratam sobre a igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres, assegurando-lhes direitos a vida, liberdade, igualdade e segurança, bem como dispendo sobre a do bem de todos, sem quaisquer preconceitos de sexo (BRASIL, 1988).

Sendo assim, verificou-se no Brasil que, após séculos de disparidade de gênero e de muitas lutas sociais e militância feminina para que fosse reconhecida a mulher como igual ao homem, que se deu mediante a promulgação da Constituição Federal de 1988, teve o advento de diversas leis com o objetivo de alcançar a igualdade prevista constitucionalmente.

Tais leis mencionadas foram criadas com o intuito de proteger e buscar a paridade de gênero, em todos os aspectos sociais, políticos, salariais e etc., sendo, como exemplo a Lei Maria da Penha, Brasil (2006), em que visa, dentre outras questões, coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher; houve também a vigência do Código Civil de 2002, no qual dispôs de diversos mecanismos que garantiram o poder familiar para ambos os gêneros, guarda

compartilhada e demais mudanças garantidoras de paridade entre homem e mulher (BRASIL, 2002); Lei 9.504/97, em que foi uma importante lei no

que tange aos avanços nos direitos eleitorais, garantindo 30% das vagas de candidatura para as mulher (BRASIL, 2017).

Todavia, nos dias atuais, em que pese as diversas mudanças ocorridas ao longo dos anos, ainda vigora em nosso país e no mundo uma colossal desigualdade de gênero, sendo demonstrada em diversos segmentos da sociedade, tais como no mercado de trabalho, na desigualdade salarial, na questão política e nos exorbitantes casos de violência, dentre outros diversos segmentos.

Sendo assim, no que tange a questão salarial no Brasil, nos artigos 5º, 46, 373-A e 461 da Consolidação das Leis Trabalhistas, está consolidado a determinação dos salários iguais, sem que haja distinção de sexo, sendo que a todo trabalho de igual será correspondido salário igual (BRASIL, 1943), bem como garantida tal determinação constitucionalmente no artigo 7º, em que proíbe a diferença salarial por motivo de gênero e dentre outras circunstâncias (BRASIL, 1988).

Em contraponto a isso, consoante estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2019), ficou comprovado através de dados da pesquisa que as mulheres brasileiras auferem salários inferiores aos dos homens, em todas as ocupações pesquisadas, podendo chegar, inclusive, no percentual de 20,5% a menos do que o valor recebido pelos homens.

Na oportunidade, tal pesquisa selecionou algumas ocupações, tais como professores, serviços gerais, advogados, médicos e etc, sendo que foi demonstrado também que nos cargos de maiores rendimentos, como gerentes e diretores de empresas, o percentual da diferença salarial das mulheres relacionado aos dos homens eleva para 38,1% (IBGE, 2019).

Nesse contexto, no que tange a área esportiva, os índices de disparidade salarial e de oportunidades são ainda mais alarmantes, sendo importante destacar o levantamento feito pela revista Francesa Football, na qual analisou os salários da jogadora de futebol Marta Vieira da Silva, eleita seis vezes a melhor jogadora do mundo, e do jogador Neymarda Silva Santos Júnior, na qual destacou que a diferença salarial entre ambos é que Neymar auferir 269 vezes mais que Marta (SALES, 2021).

Ademais, segundo Oliveira e Bertotti (2003), a divisão do trabalho entre homens e mulheres historicamente se decorreu de diversos fatores, sendo, um deles, a imputação para as mulheres nas tarefas domésticas e a aos homens o trabalho produtivo, considerando, inclusive, a abordagem antropológica das relações familiares, eis que fora destinado às mulheres os cuidados domésticos e familiares.

Somado a isso, Mincato, Dornelles Filho e Soares (2013), aduzem que, a construção histórica das profissões das mulheres, iniciou-se com os afazeres domésticos, assistenciais e educacionais, eis que amparavam os filhos e familiares, sem auferir nenhum salário, sendo que tal prática, após séculos de reiterado comportamento, transpassou para o mercado de trabalho, eis que continuam sendo mal remuneradas, bem como muitas mulheres ainda laboram com o cuidado social trabalhos doméstico e etc.

Também, no que tange a política, mais uma vez as mulheres sofrem com tamanha desigualdade de gênero, eis que, segundo dados do Tribunal Superior Eleitoral (2022), apenas 3% das candidatas mulheres no Brasil se elegeram, sendo que, os homens, houve a eleição de mais de 7% dos candidatos, configurando, portanto, mais que o dobro das candidatas mulheres.

Portanto, ainda vigora no país e no mundo diversas desigualdades de gênero, em inúmeros segmentos, tais como na política, mercado de trabalho, questão salarial e premiações esportivas, em que pese as leis hoje existentes que visam coibir tal prática, bem como em contraponto ao princípio constitucional da isonomia.

2. O PRINCÍPIO DA ISONOMIA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Consoante artigo 5, caput e inciso I da Constituição Federal (BRASIL, 1988), bem como em diversos outros artigos da Carta Magna, o princípio da isonomia está intrinsecamente garantido, eis que dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de sexo, sendo homens e mulheres iguais em direitos e obrigações.

Além disso, o princípio constitucional da isonomia vai além da igualdade formal, tal como destaca Mello (2010), que a isonomia possui dois objetivos, sendo o primeiro que é garantir a individualidade contra perseguições, e o segundo, de impedir favoritismo, revelando, portanto, a máxima de tratar todos iguais de acordo com suas diferenças.

Ademais, é importante destacar que há dois tipos de igualdade, sendo uma a igualdade material, em que dispõe que todos os seres humanos recebem um tratamento de forma igual ou desigual, de acordo com as diferenças e situações, bem como a outra sendo a igualdade formal, que é a previsão expressa constitucional de que existe a igualdade perante a lei de todos os cidadãos brasileiros e cidadãs brasileiras (GONÇALVES, 2016).

Outrossim, afirma Rothenburg:

Os graus diferentes (e crescentes) de especificação vão da igualdade formal à igualdade material. Percebe-se que a igualdade material é, como categoria jurídica, uma concretização maior, um aperfeiçoamento em relação à igualdade formal e não algo diferente. Dito de outro modo, a igualdade material é, do ponto de vista jurídico, um avanço no sentido de superar as situações injustas de desigualdade. O conceito jurídico de igualdade é, portanto, suficientemente abrangente para compreender as dimensões formal e material da igualdade. Proponho, assim, um conceito amplo (e não duas

Ainda, Gonçalves (2016), destaca que o princípio da isonomia ou igualdade, serve para limitar o indivíduo, eis que não pode realizar condutas contrárias a igualdade, tais como discriminação, podendo sofrer punições caso ocorra, e limitar o legislador, uma vez que não é possível a criação de leis que violem o princípio da isonomia, devendo serem aplicadas as leis e regramentos jurídicos de acordo com tal princípio.

Dessa forma, um dos exemplos práticos da aplicação do princípio da isonomia é a criação de normas e leis que visam garantir a proteção dos direitos das mulheres, eis que, consoante o acima exposto, há colossal desigualdade de gênero no país e no mundo, sendo, portanto, imprescindível a criação de normas que visam buscar a paridade de gênero, tratando as desigualdades de forma diferente, afins de garantir a igualdade entre homens e mulheres.

Sendo assim, no que se refere às premiações esportivas, tamanha desigualdade nos prêmios entre homens e mulheres, fere diretamente o princípio constitucional da isonomia, eis que não observa a igualdade formal, no qual seriam todos iguais perante a lei, tampouco a igualdade material, eis que as mulheres possuem as mesmas condições que os homens, não justificando tamanhas desigualdades de gênero, salarial, de premiações e etc.

Nesse sentido, elenca Moraes (2015, p. 36), "os tratamentos normativos diferenciados são compatíveis com a Constituição Federal quando verificada a existência de uma finalidade razoavelmente proporcional ao fim visado", ou seja, a implementação de leis que possuem a finalidade de proporcionar a paridade de gênero se faz extremamente necessária, para que seja buscado tal paridade após séculos de diferenciação de gênero, sendo também devidamente cumprido o princípio da isonomia.

3. A DISPARIDADE SALARIAL E DAS PREMIAÇÕES ENTRE HOMENS E MULHERES NO ESPORTE

Historicamente, o debate sobre igualdade de gênero no esporte aumentou significativamente, ainda que a passos lentos. O que era uma discussão apenas entre competidores e associações passou a ser discutido pelos meios de comunicação, pelos telespectadores e pela sociedade em geral. Além da equiparação salarial, a luta por equidade nas condições da prática, bem como nas premiações, seja no atletismo, no vôlei, no tênis, ou outra modalidade, entre homens e mulheres, avançou para algum sentido de igualdade.

Conforme Goellner (2011), a partir do século XX, a participação das mulheres no esporte se consolida. Até então praticado exclusivamente por homens, sendo a mulher mera assistente das competições e eventos, com a independência do país e o acesso das mulheres da elite aos

espaços culturais, à escolarização, o esporte passa a ser também praticado por elas. O incentivo tinha por objetivo educar o corpo e fortalecer a nação, ou seja, com duplo viés: a política de eugenia e higienista identificava o corpo feminino como principal objeto, uma vez que melhora sua capacidade de gerar outros seres, doutro lado a inserção da mulher na vida social demonstrava uma nação mais forte.

Em estudo realizado pela BBC, em 2017 (BBC, 2017), verificou-se que as premiações atribuídas às campeãs de diversas modalidades esportivas eram, em sua maioria, menores do que as atribuídas aos homens vencedores. A análise também apontou que o basquete é a modalidade com o nível de desigualdade mais elevado. Quanto às distribuições salariais, a pesquisa demonstrou que o salário de Stephen Curry, o atleta mais bem pago da liga norte-americana de basquete (NBA), recebe 330 vezes mais, anualmente, do que a atleta mais bem paga da liga feminina (WNBA), sendo seu salário anual de aproximadamente 117 mil dólares, enquanto o de Curry foi estimado em 38,5 milhões de dólares.

O futebol, modalidade mais praticada entre os brasileiros, figura em 2º lugar na lista de esportes com a maior desigualdade salarial. Os dados de 2017, indicam que Marta recebeu naquela temporada, 340 mil euros, enquanto Neymar, 91,5 milhões de euros, ou seja, Marta auferiu 0,3% do rendimento recebido por Neymar, na temporada em questão.

Em protesto contra a disparidade de investimentos e salários atribuídos às atletas, Marta jogou a Copa do Mundo de Futebol Feminino da França com chuteiras pretas, sem qualquer símbolo ou marca de patrocinador. A forma de manifestação trouxe à tona a necessidade de erradicar um problema não só das brasileiras, mas a discriminação da qual atletas do mundo todo, das mais diversas modalidades, são vítimas.

A Copa da França foi a quinta Copa da carreira da atleta, que após marcar dois gols no torneio, superou a marca de Miroslav Klose como maior artilheira da história das Copas do Mundo. A edição foi marcada por uma série de manifestações pró igualdade, e a jogadora indicou que a visibilidade do evento possibilita atingir maior número de mulheres e meninas para que venham a engajar na luta pela isonomia salarial e premiações no esporte.

Essa exposição das desigualdades pela maior jogadora de futebol feminino de todos os tempos demonstra que o espaço no esporte está sendo conquistado pelas mulheres. Ocorre que a necessidade de conquistar o espaço já traduz a desigualdade, pois o que se espera, de acordo com a equidade e isonomia, é que às mulheres seja fornecido acesso igualitário, bem como verbas salariais e patrocínios equiparados aos dos homens.

A literatura examina a diferenciação entre as coberturas midiáticas, por exemplo, e demonstra desproporção entre competições femininas e masculinas (CROSSMAN, 2007). Em análise comparativa da diferença salarial ao longo dos anos, verificou-se que em 1978, era de

33% e em 2017 caiu para 17%, levando em conta apenas diferenças salariais inexplicadas por qualquer variável (MADALOZZO, 2010). Segundo a autora, o problema reside em afirmar que essa seria a porcentagem exata, uma vez que o estudo teve por base ocupações e, de muitas ocupações, as mulheres são segregadas.

As diferenças de participação entre os gêneros é comum em praticamente todos os esportes. “Roger Federer, \$731,000; Serena Williams, \$495,000: The Pay Gap in Tennis”, artigo publicado pelo New York Times, em 2016, indica que o tênis, apesar de ser um dos esportes com maior igualdade ainda apresenta uma diferença gigantesca nas premiações esportivas, ocasião em que as mulheres recebem 80 centavos para cada dólar recebido pelo homem. No Masters 1000 de Cincinnati, a premiação chega a ser de 63 centavos para as mulheres em oposição a 1 dólar para os homens. A premiação mais baixa para as mulheres é verificada em diversos torneios (ROTHENBERG, 2016).

A justificativa para tanto, conforme apontado pelo artigo, reside no fato do patrocinador pagar uma contribuição conforme o número de espectadores que comparecem aos torneios e que os torneios masculinos teriam mais espectadores. Assim, as premiações díspares seriam ocasionadas devido a essa participação desigual do público espectador.

Difícil, porém, afirmar se a disparidade ocorre exclusivamente por essa ausência de público, pois as competições, as organizações e os clubes divulgam pouquíssimos dados relacionados aos valores fornecidos aos campeões na premiação e outros tipos de bonificações. Além da ausência de banco de dados, poucos estudos são realizados para verificar as reais causas da desigualdade de tratamento para com os vencedores e praticantes das mais variadas modalidades esportivas.

No sentido de combater desigualdades nas premiações entre homens e mulheres em competições esportivas apoiadas pelo governo, a Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Paraná, em sessão dedicada ao Outubro Rosa, aprovou no mês de outubro do presente ano (2022), uma proposta que determina a igualdade do valor de premiações para homens e mulheres em competições esportivas organizadas, patrocinadas ou apoiadas pelo Governo do Estado do Paraná (PARANÁ, 2022). A regra vale para autarquias, agências reguladoras, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas ou similares, objetivando-se diminuir a desigualdade entre os gêneros.

A proposta determina que a pessoa física ou jurídica organizadora de competição esportiva que receber patrocínio ou apoio das entidades deverá apresentar comprovante de que cumpriu com as obrigações da proposição no prazo de 30 dias, contando do último dia da competição esportiva. Caso o organizador da competição esportiva descumpra a determinação, este ficará impedido de solicitar novo patrocínio ou apoio do Governo pelo prazo de dois anos.

Para poder voltar a organizar competições com apoio estatal antes desse período, é preciso comprovar a equiparação do pagamento igualitário da premiação aos atletas homens e mulheres.

Ainda segundo Goellner (2011), no campo do esporte e do lazer, o conceito de equidade de gênero precisa ser observado com maior atenção, uma vez que se espera da mulher representações de feminilidade, estética e saúde que trazem certa limitação às crianças, jovens, adultas e idosas. Segundo a referida autora, quando se fala em prática esportiva, há uma divisão generificada ou generificadora, pois determinados esportes, assim como muito ocorre no ambiente de trabalho, forma historicamente relacionados às figuras de gênero masculino e feminino, o que leva à desigualdade de oportunidades fornecidas aos e às atletas.

As desigualdades nas premiações e nos salários pagos aos atletas nascem em um espaço que antecede aos das competições esportivas. Estas, encabeçadas por atletas de elite, da mais alta performance, apenas refletem uma questão social presente desde a desigualdade social nas condições de acesso das meninas às práticas na escola, bem como seu lazer voltado à prática esportiva, até o incentivo de jovens para que sigam no caminho do esporte, que se prova, diariamente, um (re)modulador da realidade social em que estão inseridos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise da evolução constitucional e legislativa buscou-se compreender qual o nível de igualdade, isonomia e equidade de gênero alcançou-se. Apesar de diversas mudanças e previsões constitucionais e legais que visam combater disparidades, salários e premiações esportivas, ainda são desiguais, mesmo com a participação e engajamento das atletas em alto rendimento.

As mulheres não são apenas praticantes de esportes por lazer, são atletas, árbitras, treinadoras, gestoras de times, entre outras funções desempenhadas com muita qualidade, demonstrando preparo e necessidade de reconhecê-las e tratá-las de forma igual aos homens.

Verificou-se, ainda, a ausência de dados, estudos e pesquisas com informações concretas, das quais se possa extrair uma verificação mais precisa da desigualdade. Clubes e organizações não possuem, ou não apresentam, dados relativos às questões de gênero, seja sobre número de praticantes, espectadores dos estádios em eventos de modalidades de ambos gêneros etc. Além disso, poucas são as parcerias governamentais no sentido de aniquilar disparidades nas premiações. Nesse sentido, avança o Estado do Paraná ao propor novo projeto de lei que dispõe sobre igualdade nas premiações que houver participação do governo.

A ausência de dados e campanhas para a promoção de igualdade contribuem para a perpetuação da discriminação enraizada socialmente. Ou seja, essa desigualdade no esporte é apenas reflexo da falta de incentivo à prática esportiva pelas mulheres, ou fornecimento de recursos e oportunidades para que sejam atletas de alta performance.

A solução, portanto, para promoção de maiores oportunidades para as mulheres reside no incentivo às políticas públicas de equidade. Este patamar será alcançado quando os espaços esportivos forem pensados para homens e mulheres, as representações e condições para a prática das mais variadas modalidades forem as mesmas para ambos os gêneros, a mídia fornecer visibilidade para a trajetória e as conquistas das atletas mulheres, clubes e instituições esportivas possibilitarem acesso aos escalões de treinadoras, dirigentes, técnicas e gestoras do mundo esportivo e, dentre outros, o governo fornecer meios adequados, até mesmo através de parcerias com essas instituições privadas, para que as mulheres de todas as idades possam praticar o esporte e ingressarem com este no mercado de trabalho, representando a alta performance em competições esportivas de todos os âmbitos.

Através do trabalho social conjunto entre governo, clubes e sociedade, as atletas terão igualdade de oportunidades no mercado esportivo, por consequência maior visibilidade nas competições, o que resultará, além de maior arrecadação para as instituições, extinguindo qualquer justificativa de desigualdade, em maior número de meninas e mulheres inspiradas a praticar esporte não apenas como lazer, mas como atletas de alto nível.

REFERÊNCIAS

ALVES, José Eustáquio Diniz. *A mulher e a política de cotas*. Brasil, 2004.

BECKER, G S. Human capital, effort, and the sexual division of labor. *Journal of Labor Economics* 3(1): 33–58, 1985.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 8 out. 2022.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 97, de 04 de outubro de 2017.

Altera a Constituição Federal para vedar as coligações partidárias nas eleições proporcionais, estabelecer normas sobre acesso dos partidos políticos aos recursos do fundo partidário e ao tempo de propaganda gratuito no rádio e na televisão e dispor sobre regras de transição. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 12 de nov. de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc97.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL, Lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 1 de mai. 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1943/5452compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL, Lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Instituiu o Código Civil. *Diário oficial da União*, Brasília, DF, 10 de jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL, Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 07 ago. 2006. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL. Lei Nº 12.034, de 29 de setembro de 2009. Altera as Leis nos 9.096, de 19 de setembro de 1995 - Lei dos Partidos Políticos, 9.504, de 30 de setembro de 1997, que estabelece normas para as eleições, e 4.737, de 15 de julho de 1965 - Código Eleitoral. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 de set de 1994. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12034.htm#:~:text=L12034&text=LEI%20N%C2%BA%2012.034%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202009.&text=Altera%20as%20Leis%20nos,julho%20de%201965%20%2D%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.>. Acesso em: 10 out. 2022.

ext=LEI%20N%C2%BA%2012.034%2C%20DE%2029%20DE%20SETEMBRO%20DE%202009.&text=Altera%20as%20Leis%20nos,julho%20de%201965%20%2D%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL, Lei n. 13.104 de 09 de março de 2015. Altera o art. 121 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, para prever o feminicídio como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e o art. 1º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, para incluir o feminicídio no rol dos crimes hediondos. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 de mar de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13104.htm. Acesso em: 17 out. 2022.

BRASIL, Tribunal Superior Eleitoral. Eleições 2022. Brasília, DF, 2022. Disponível em: <
<https://www.tse.jus.br/eleicoes/eleicoes-2022/eleicoes-2022>>. Acesso em: 14 out. 2022.

BURNISON, G. “Are women paid less than men for the same work?”. Korn Ferry, 2016. Disponível em:

<https://www.economist.com/graphic-detail/2017/08/01/arewomen-paid-less-than-men-for-the-same-work>. Acesso em: 30 out. 2022

CROSSMAN J, VINCENT J, SPEED H. "The times they are a-changin": Gender comparisons in three national newspapers of the 2004 Wimbledon Championships. *International Review for the Sociology of Sport* 42(1): 27–41, 2007.

FORDYCE, T. 'Equal pay is as much a myth as it is a minefield'. BBC Sports, 2016. Disponível em: <https://www.bbc.com/sport/tennis/35863208>. Acesso em: 30 out. 2022

GOELLNER, S.V.et all. M. Gênero e raça: inclusão no esporte e no lazer. Porto Alegre: Ministério do esporte e UFRGS, 2009.

GONÇALVES, Marcus Vinícius Rios. *Direito Processual Civil Esquematizado*. 7a edição. São Paulo: Saraiva, 2016.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio do IBGE*. Rio de Janeiro: IBGE, 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: 07 out. 2022.

MADALOZZO, R. Occupational Segregation and the Gender Wage Gap in Brazil: An Empirical Analysis. *Economia Aplicada/Brazilian Journal of Applied Economics*. 14, 2, 147-168, Apr. 2010

MELLO, Celso Antonio Bandeira. *O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3a edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MINCATO, Ramone; DORNELLES FILHO, Adalberto A.; SOARES, Lodonha, M, P. A., Desigualdades de gênero: disparidade salarial e segregação ocupacional. *Desenvolvimento Regional e Parques Tecnológicos: a visão da Região Nordeste do Rio Grande do Sul*. Rio Grande do Sul, 2013. Disponível em:<https://www.uces.br/site/midia/arquivos/TEC_09_XII_EAESRNE_Desigualdade_de_genero.pdf>. Acesso em: 07 out. 2022.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 33 edição. São Paulo: Atlas, 2015.

MOREIRA, Venicius Meneses; ANDRADE, Pablo Regis. A mulher vista pelos direitos sociais na legislação infraconstitucional brasileira pós constituição de 1988. *Muiraquitã: Revista de Letras e Humanidades*. Tocantins, v. 8, n. 2, pág. 189-202, jul. 2020.

Disponível em: < <https://periodicos.ufac.br/index.php/mui/article/view/3741/2602>>. Acesso em: 04 out. 2022.

OLIVEIRA, Ana Paula Batista Guimarães; BERTOTTI, Daniela. O princípio da isonomia e a diferença salarial entre gêneros. *Augusto Guzzo Revista Acadêmica*, 2013, n. 11.

Disponível: <http://www.fics.edu.br/index.php/augusto_guzzo/article/view/159>. Acesso em: 1 nov. 2022.

PARANÁ (Estado). Proposta de Lei nº 264/2022, de 20 de junho de 2022. *Assembleia Legislativa do Paraná*, Curitiba, 2022. Disponível em:

<http://portal.assembleia.pr.leg.br/modules/mod_legislativo_arquivo/mod_legislativo_arquivo.php?leiCod=107283&tipo=I>. Acesso em: 25/11/2022.

PERRASO, V. “Is the gender pay gap in sport really closing?”. *BBC*, 2017. Disponível em: <https://www.bbc.com/news/world-41685042>. Acesso em: 30 out. 2022

PINTO, Céli Regina Jardim. *Uma história do feminismo no Brasil*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2003.

PIOVESAN, Flávia. Igualdade de gênero na Constituição Federal: os Direitos Civis e Políticos das Mulheres no Brasil. *Consultoria Legislativa do Senado Federal*, 2008. Disponível em:

<<https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/outras-publicacoes/volume-i-constituicao-de-1988/principios-e-direitos-fundamentais-igualdade-de-genero-na-constituicao-federal-os-direitos-civis-e-politicos-das-mulheres-do-brasil>>. Acesso em: 06 abr. 2022.

ROTHENBURG, Walter Claudius. Igualdade material e discriminação positiva: o princípio da isonomia. *Novos Estudos Jurídicos*, v.13, n.2, p.77-92, jul/dez. 2008. Disponível em: <<file:///C:/Users/a/Downloads/1441-3006-1-PB.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

ROTHENBERG, B. (2016). Roger Federer, \$731,000; Serena Williams, \$495,000: The Pay Gap in Tennis. *Nytimes.com*, 2016. Disponível em: <https://www.nytimes.com/2016/04/13/sports/tennis/equal-pay-gender-gap-grandslam-majors-wta-atp.html>. Acesso em: 27 Mar. 2019.

SALES, Arthur. A eterna comparação entre os salários de Neymar e Marta. *Universo do Futebol*, jan. 2021. Disponível em:

<<https://universidadedofutebol.com.br/2021/01/21/a-eterna-comparacao-entre-os-salarios-de-neymar-e-marta/>>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, João Carlos Jarochinski. Análise histórica das Constituições brasileiras.

Revista de Ciências Sociais Ponto-e-Vírgula. São Paulo, n. 10, 2011. Disponível em:

<<https://revistas.pucsp.br/index.php/pontoevirgula/article/view/13910>>. Acesso em: 13 set. 2022.

TAVASSI, Ana Paula Chudzinski, et al. A história dos direitos das mulheres. *Politize!* Dez. 2020. Disponível em: <

<https://www.politize.com.br/equidade/blogpost/historia-dos-direitos-das-mulheres>>.

Acesso em: 14 out. 2022.

WOLLSTONECRAFT, Mary. *Reivindicação dos Direitos da Mulher*. São Paulo: Editora Lafonte, 1759. Tradução de Celina Vergara, 2021.

A INVISIBILIDADE DOS FILHOS DO FEMINICÍDIO E A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

THE INVISIBILITY OF THE CHILDREN OF FEMINICIDE AND THE ABSENCE OF PUBLIC POLICIES

Alice Benvegnú¹

Josiane Petry Faria²

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo discutir criticamente a violência incessante em face de crianças e adolescentes, cujas mães tiveram suas vidas ceifadas pelo crime de feminicídio. O tema surge da violência ocultada das estatísticas oficiais, a qual demonstra o esquecimento estatal de crianças e adolescentes em situação de violência, uma vez que a partir da morte da mãe permanecem sem os cuidados e a segurança dos genitores, necessitando refazer suas vidas diante do desamparo e falta de assistência, convivendo com todas as consequências decorrentes do ambiente permeado por violência. Assim, por meio do método dedutivo, se investiga a invisibilidade dos filhos do feminicídio e se a consequente ausência de políticas públicas de proteção promovem a acentuação da vitimização e a violação da teoria da proteção integral.

PALAVRAS-CHAVE: Filhos do feminicídio. Políticas públicas. Omissão estatal. Violência de gênero.

ABSTRACT

This article aims to critically discuss the incessant violence against children and adolescents, whose mothers had their lives taken by the crime of femicide. The theme arises from the violence hidden from official statistics, which demonstrates the state's forgetfulness of children and adolescents in situations of violence, since after the mother's death they remain without the care and safety of their parents, needing to rebuild their lives in the face of the helplessness and

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito de Família e Sucessões com capacitação para Ensino no Magistério Superior pela Faculdade Ibmec 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.

lack of assistance, living with all the consequences arising from an environment permeated by violence. Thus, through the deductive method, the invisibility of the children of femicide is investigated and whether the consequent absence of public protection policies promotes the accentuation of victimization and the violation of the theory of integral protection.

KEYWORDS: Children of Femicide. Gender violence. Public policy. State omission.

INTRODUÇÃO

O feminicídio denomina-se como crime hediondo praticado contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. A publicação da Lei 13.104/2015 simbolizou o reconhecimento pelo Estado brasileiro de que em seu território mulheres são vítimas de crimes brutais por serem mulheres em uma sociedade desigual. Simultaneamente, escancara e denuncia a violência de gênero existente, e retrata uma expressiva manifestação do desequilíbrio de poder intrafamiliar, vitimando inúmeras mulheres todos os anos no mundo e no Brasil.

O corpo de uma mulher vítima de feminicídio brada o inconcebível e desnuda histórias de vida, sonhos, projetos e desejos, permanentemente ceifados pela violência. Todavia, o cenário de violência não encerra com a morte da vítima direta do feminicídio, uma vez que, no mais das vezes, outras vítimas são imediatamente identificadas na esfera desse violento crime: os órfãos dessas mulheres.

O crime de feminicídio transmuta o vínculo materno filial, deixando um rastro de dor, abandono, sofrimento e desamparo nos filhos das vítimas. São crianças e adolescentes que precisam refazer suas vidas diante da ausência repentina da genitora, do cuidado, do zelo, e do amor materno. Acrescenta-se a isso que em inúmeros casos são colocadas diante da ausência paterna, quando este é o autor do feminicídio.

Quando perdem a mãe de maneira tão dolorosa e, algumas vezes, possuem o próprio pai ou representante da figura paterna como homicida, os filhos do feminicídio vivenciam um torpor psicológico, que compreende a perda da família, do lar, das referências de segurança e proteção. Ainda, refletem também em abandono dos estudos, reprodução de violência doméstica, crises de ansiedade, introspecção, depressão, dificuldade em relacionamentos, apatia, entre outras dificuldades e transtornos.

Diante disso, o presente artigo tem como finalidade demonstrar essa projeção da violência, bem como examinar a existência de políticas públicas voltadas para amparar as crianças e adolescentes que remanescem do crime do feminicídio. Nesse contexto, será analisada criticamente a responsabilidade do poder público em face da teoria do superior interesse da criança e do adolescente.

1. O CRIME DE FEMINICÍDIO E O RECONHECIMENTO DA DESIGUALDADE ENTRE OS GÊNEROS

Diante do reconhecimento e da necessidade de aceitação das diferenças, bem como da vida em sociedade, pela inviabilidade de viver saudavelmente em isolamento, a história é marcada pela prática da violência em diversas formas e níveis. Porém, apenas recentemente os estudos tem encarado esse fenômeno de outro ângulo, fora do entendimento de que se constitui dentro dos padrões de normalidade, como uma necessidade imposta pela história de conquistas empreendidas pela humanidade na busca de desenvolvimento. Veja-se:

Experimentamos encontros e desencontros. Descobrimos as cicatrizes do crescimento. Caminhamos e empurramos multidões para o genocídio. Fizemos crescer as periferias e os centros. Fomos, ao mesmo tempo, ao espaço e às cavernas da insensatez humana. Derrubamos muros, mas construímos outros. Globalizamos costumes e radicalizamos os mais diversos estilos e sentidos da vida, contudo a violência continua peregrinando em nossas sociedades. [...] as utopias foram transformadas de exercícios literários filosóficos e históricos em perigosos programas de dominação.³

A sociedade, cenário dos conflitos e da convivência, é analisada por Weber como um amontoado de grupos de interesse não exatamente harmônico, pois a desigualdade na distribuição do poder e da autoridade produz dois grupos: aqueles que detêm o poder e a autoridade, e os que estão submetidos ao controle dos primeiros. Esses grupos estão permanentemente em conflito e sempre buscando transformar as normas e valores para fazer com que os sistemas de estratificação social e de avaliação moral se transformem. Essa dinâmica leva a adequação da estrutura social aos fenômenos emergentes com a mediação das instituições democráticas. Dessa forma, os conflitos contribuem para a sociedade se desenvolver de forma mais equilibrada e justa⁴.

A violência demanda estudos constantes para que ponderações possam ser feitas e a partir de então formuladas estratégias de entendimento e enfrentamento. Trata-se de fenômeno que deita suas raízes sobre múltiplos fatores como biológicos, sociais, culturais, econômicos e políticos, sendo inviável a pretensão de um conceito único e de ordem científica. Essa impossibilidade é fruto do entendimento de que se trata de fenômeno que se apresenta em variadas formas e é baseada no parâmetro social vigente para comportamentos aceitáveis e inaceitáveis. Portanto, passa pelo filtro da cultura e dos valores morais presentes.

Nesse contexto, a violência de gênero representa uma das maiores manifestações de desigualdade de poder estabelecida historicamente entre homens e mulheres, em razão da falsa

³ COLUSSI, Eliane Lucia; DIEHL, Astor Antônio. **Cultura e pedagogia da violência: o caso dos Vargas**. Passo Fundo: UPF, 2008, p. 11.

⁴ WEBER, Max. **Economia y sociedad**. Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura económica, 1996.

ideia de dominação masculina internalizada pela sociedade, provocando uma relação pautada na subordinação e no abuso de poder. A complexidade da violência se multiplica diante das diversas nuances e formatos que poderá atingir, mais intensamente sentidas no caso da vítima mulher.

Resumidamente: a violência física, modalidade que se refere a toda ofensa à integridade física e corporal praticada com o emprego de força, podendo abranger socos, tapas, arremesso de objetos, queimaduras etc., intentando, a partir disso, ofender a integridade ou a saúde corporal da agredida.⁵

A violência psicológica, que consiste na ameaça, rejeição e humilhação da vítima, podendo ser tão ou mais grave que a violência física, pois é uma agressão emocional que afeta a autoestima e a saúde psicológica da mulher. Essa forma de violência está relacionada a todas as demais modalidades, e muitas vezes não é identificada pela própria agredida, já que com o transcorrer do tempo naturaliza-se a hostilidade no comportamento do agressor.

A violência sexual, que se trata de um crime subnotificado e clandestino, expondo a mulher a gravidez e inclusive a doenças sexualmente transmissíveis, além de provocar traumas psíquicos e físicos. Ademais, nota-se que há um tabu em reconhecer a existência dessa violência no âmbito doméstico, sendo tendência legitimar a insistência do homem à prática sexual como se ele estivesse exercendo um direito do casamento. Antes, sequer se reconhecia o ato de estupro praticado pelo marido, o que, felizmente, já evoluiu pela doutrina, afastando esse “débito conjugal” que era reconhecido anteriormente.⁶

A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração ou destruição parcial ou total de objetos particulares da vítima. Eis uma modalidade que deve ser bastante ponderada, pois a ausência de autonomia financeira da ofendida contribui para sua submissão, colocando-a em situação de vulnerabilidade.

Para ilustrar, cita-se a percepção aventada por Alice Bianchini:

O empoderamento econômico-profissional das mulheres é um fenômeno decorrente das necessidades e consequências da Segunda Guerra Mundial. Apesar do tempo transcorrido, a superação de interditos culturais, sociais e legais de adquirir bens e deles livremente dispor, inclusive de rendimentos, não é, ainda, batalha completamente vencida. Grande parte da população continua sendo educada vendo o homem como provedor necessário da família, daí justificando-se e até buscando-se a permanência dos homens na condição de chefes de família, administrando e controlando os recursos financeiros da comunidade familiar, o que pode ser considerado uma forma de domínio e mesmo de

⁵ FERNANDES, Valéria Dias Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 60.

⁶ JESUS, Damásio Evangelista. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 8.

E a violência moral, que se caracteriza por ser uma afronta ao reconhecimento social e a auto estima da mulher, sendo praticada por meio de atitudes vexatórias que tendem a desqualificar a vítima fazendo com que se sinta inferiorizada. Ainda, cumpre acrescentar que com o advento das novas tecnologias de informação, como as redes sociais, a violência moral contra a mulher tem obtido novas dimensões, uma vez que ofensas são divulgadas em espaços virtuais massivamente e se propagam de forma instantânea.

As diferentes nuances da violência contra a mulher podem ocorrer isoladamente ou em associação, por atos ou omissões, por palavras ou gestos, ao vivo, por meio de terceiros ou ainda se utilizando dos recursos da tecnologia da informação e da comunicação. Em muitos casos, essas condutas são arraigadas na cultura que são interpretadas como simples hábitos e como tal ensinados e repetidos ao longo das gerações, pois somente é possível falar em aspectos culturais por meio da experiência repetida. Observe-se que foram descritas as formas de violência identificadas e catalogadas para efeitos de estudos e formatação de normas jurídicas, no entanto importante não olvidar os aspectos clandestinos e invisíveis da violência simbólica presente nos rótulos e estigmas. Atribuir que estar em situação de violência é escolha pessoal, covardia ou fraqueza é discriminação e portanto grave violência. Para Colussi e Diehl:

Há, portanto, uma intimidade indisfarçável entre história, violência e poder. No sentido analítico, podemos falar em cultura da violência e na violência intrínseca de sua própria banalização, especialmente quando ouvimos ou lemos afirmações como “não adianta”, “isso faz parte da política”. Mas chega de lamentações, pois não queremos nos tornar a voz das carpideiras, que choram por encomenda a desgraça da humanidade alheia.⁸

Outro fator interessante é que no caso da violência contra a mulher, sobretudo na doméstica ou familiar, o estigma atinge principalmente e com mais severidade a vítima ao contrário das demais condutas violentas, onde a rotulagem adere somente ao agressor. Todavia, essa cultura está se modificando por meio do comportamento feminino, evidenciado nas práticas sociais, movimentos de luta, políticas públicas e apoio midiático.

A Lei n. 11.340/06 fala no ambiente doméstico, no familiar e ainda adota o termo *afeto* – artigo 5º, inciso III – para aqueles casos de relação íntima e estreita baseada na aproximação que não exige coabitação. A violência familiar refere-se a relações mais restritas que a doméstica, nesta entende-se o âmbito de convivência permanente de pessoas como se fossem uma família, embora não sejam. Já o ambiente familiar é visto juridicamente como a comunidade

⁷ BIANCHINI, Alice. **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. 55.

⁸ COLUSSI, Eliane Lucia; DIEHL, Astor Antônio. **Cultura e pedagogia da violência: o caso dos Vargas**. Passo Fundo: UPF, 2008, p. 13.

de indivíduos que são ou se consideram aparentados em decorrência de laços naturais, por afinidade ou vontade expressa inequivocamente. Porém, evidente que a violência de gênero não está adstrita a espaços de intimidade, eis que se desenvolve no espaço amplo da sociedade em diferentes relações e espaços, entretanto não abrigados pela referida Lei.

Observe-se que a desigualdade de gênero causa violência contra o gênero em inferior posição de poder, no caso o feminino. Ademais, a violência contra mulher se reveste de peculiares não vistas na violência comum, eis que a mais frequente é justamente aquela em ambiente doméstico e/ou familiar, exatamente nos núcleos essenciais de proteção. Demonstra que quando se é mulher o espaço-território mais perigoso não é a rua, cenário da violência urbana, mas sim o lar, aquele descrito como de aconchego, afeto e segurança.

Assim, a violência fatal contra mulheres em contextos marcados pela desigualdade de gênero foi reconhecida pela legislação apenas nove anos depois da Lei Maria da Penha. E recebeu uma denominação própria com o advento da Lei n. 13.104/2015: feminicídio, que representa a morte de mulheres em razão da desigualdade de gênero e do tratamento discriminatório e inferiorizante conferido ao gênero feminino.

Inclusive, referida Lei foi publicada em 9 de março de 2015, um dia após o dia 8 de março, data em que se comemora o Dia Internacional da Mulher, como marco não de festejos, mas sim de luta pela igualdade e pela não violência. A intencional escolha da data indica a potencialidade política da decisão estatal, que passa a reconhecer e quantificar formalmente estatísticas de mulheres mortas em território nacional vítimas de um desequilíbrio das relações de poder, onde o heteropatriarcado se mantém em posição de controle e dominação, impedindo com isso a circulação do poder e promovendo naturalização da violência.

Em outras palavras, é decorrente de construções históricas, culturais, econômicas, políticas, sociais e discriminatórias pautadas no patriarcado que o feminicídio denuncia o cume da assimetria de poder existente entre homens e mulheres na sociedade. Do ponto de vista jurídico-penal, o feminicídio é o homicídio qualificado praticado contra a mulher em razão da condição de sexo feminino, cuja pena é de 12 a 30 anos de reclusão (CP, art. 121, § 2º, VI⁹). Esta circunstância é reconhecida quando o crime envolve violência doméstica e familiar ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (CP, art. 121, § 2º-A).

Anteriormente a Lei do Feminicídio (Lei n. 13.104/2015) não havia nenhuma punição especial pelo fato de o homicídio ser praticado contra a mulher por razões da condição de sexo

⁹ Art. 121. Matar alguém: § 2º Se o homicídio é cometido: [...] VI - contra a mulher por razões da condição de sexo feminino: [...] Pena - reclusão, de doze a trinta anos § 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I - violência doméstica e familiar; II - menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

feminino. Em outras palavras, o feminicídio era punido, de forma genérica, como sendo homicídio de modo a esconder o avassalador problema social da violência contra mulher.

O crime de feminicídio escancara a violência de gênero existente na sociedade e simboliza uma das grandes manifestações da assimetria de poder entre homens e mulheres. Entretanto, conforme demonstrado no presente tópico, o contexto de violência não se encerra com a morte da vítima direta do feminicídio, uma vez que os órfãos dessas mulheres também são alvos desse violento crime. Os filhos do feminicídio precisam refazer suas vidas diante da ausência repentina da genitora, em um cenário de abandono e desamparo, o que será perscrutado no tópico subsequente do presente trabalho.

2. A VIOLÊNCIA PERSISTENTE E A INVISIBILIDADE DOS FILHOS DO FEMINICÍDIO

Além da vítima do feminicídio, outras vítimas são imediatamente identificadas na esfera do crime perpetrado: os órfãos dessas mulheres. Os danos psicológicos vivenciados pelos filhos do feminicídio são colossais e geram inúmeras consequências e prejuízos para as crianças e adolescentes envolvidos nessa violência, que são compelidos a recomeçar a vida sem a presença materna, convivendo com o trauma e sofrimento da morte trágica da mãe.

Os filhos do feminicídio convivem com a dor pela ausência da genitora e com o fardo de uma história que sempre terá um rastro de violência, de um futuro que sempre será delineado por um vazio indesejado, em meio ao desamparo, a falta de assistência, de afeto, de cuidado, carinho e amor.

Os prejuízos para as crianças e adolescentes ocorrem em todos os níveis: emocional, psicológico, social, comportamental, afetando de forma significativamente negativa seu bem-estar e seu desenvolvimento, com consequências a curto, médio e longo prazo que, indubitavelmente, podem comprometer suas vidas e suas relações.

Quando o menor vivencia um cenário de hostilidade e violência no âmbito da família, inúmeras são as consequências para o seu desenvolvimento, e, conseqüentemente, para sua vida, podendo inclusive tornar-se um adulto violento e reproduzir os mesmos atos que presenciou na infância. Assim, apesar dos órfãos do feminicídio não serem os alvos imediatos do abuso, os mesmos são vítimas indiretas e estão envolvidos no contexto de violência de outras formas que os colocam em risco, o que se coaduna com o entendimento de Maria Berenice Dias sobre o tema:

Quem vivencia a violência – muitas vezes antes de nascer e durante toda infância – só pode achar natural o uso da força física. Quando o agressor foi vítima de abuso ou de agressão na infância, ele tem medo e precisa ter o controle da situação para se sentir seguro. A forma que encontra de se compensar é desprezar, insultar, agredir. Também, a

impotência da vítima – que não consegue ver o agressor punido – gera, nos filhos, a consciência de que a violência é um fato natural.¹⁰

Nesse cenário em que os filhos do feminicídio são desamparados e necessitam recomeçar suas vidas convivendo com a ausência materna, muitas vezes tendo o próprio genitor como homicida da mãe, cumpre reconhecer as crianças e adolescentes como sujeitos de direitos, que devem ter seus interesses respeitados e assegurados pela família e pelo Estado.

O Direito da Criança e do Adolescente encontra fundamento jurídico essencial na Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, na Constituição Federal, no Estatuto da Criança e do Adolescente e nas convenções internacionais de proteção aos direitos humanos. Entretanto, para sua adequada compreensão, é imprescindível percorrer seus princípios fundamentais.

Propõe-se um conjunto de princípios do Direito da Criança e do Adolescente, merecendo destaque para o estudo sobre os princípios estruturantes e concretizantes. Entre os princípios estruturantes estão inclusos a vinculação à teoria da proteção integral, a universalização, o caráter jurídico-garantista e o interesse superior da criança. E entre os princípios concretizantes, a prioridade absoluta, a humanização no atendimento, a ênfase nas políticas sociais públicas, a descentralização político-administrativa, a desjurisdicionalização, a participação popular, a interpretação teleológica e axiológica, a despoliciamento, a proporcionalidade, a autonomia financeira e a integração operacional dos órgãos do poder público responsáveis pela aplicação do Direito da Criança e do Adolescente.¹¹

O mais notório princípio do Direito da Criança e do Adolescente é aquele de vinculação à Teoria da Proteção Integral, previsto no artigo 227¹², da Constituição Federal e também no Estatuto da Criança e do Adolescente, nos artigos 1º¹³ e 3º¹⁴, que em uma perfeita associação com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, é estruturado por meio de normas interdependentes que reconhecem a criança e o adolescente como sujeitos de direito.

A Teoria da Proteção Integral executa papel estruturante no sistema, na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos

¹⁰ DIAS, Maria. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 72.

¹¹ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 32.

¹² Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

¹³ Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.

¹⁴ Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

fundamentais intrínsecos à pessoa humana e, também, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, elaboram e reproduzem de forma recíproca.¹⁵

Os direitos especiais de proteção também estão previstos no artigo 227 da Constituição Federal e regulamentados no Estatuto da Criança e do Adolescente, mais especificamente no artigo 5º, que dispõe que: "Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais".

O reconhecimento dos direitos fundamentais à criança e ao adolescente trouxe juntamente consigo o princípio da universalização, por meio do qual os direitos catalogados são suscetíveis de reivindicação e efetivação para todas as crianças e adolescentes. Todavia, a universalização dos direitos sociais, como aqueles que dependem de uma prestação positiva por parte do Estado, também demanda uma postura proativa dos beneficiários nos processos de reivindicação e construção de políticas públicas. É nesse contexto que o Direito da Criança e do Adolescente encontra seu caráter jurídico-garantista, segundo o qual a sociedade, a família, e o Estado têm o dever de garantir a efetivação dos direitos fundamentais e transformá-los em realidade objetiva e concreta.¹⁶

O Direito da Criança e do Adolescente emerge como um sistema norteado pelo princípio do interesse superior da criança, previsto no artigo 3º, 1, da Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, o qual determina que "Todas as ações relativas às crianças, levadas a efeito por instituições públicas ou privadas de bem-estar social, tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, devem considerar, primordialmente o maior interesse da criança". É um princípio resultante do reconhecimento da condição peculiar da criança como pessoa em processo de desenvolvimento.

O princípio do superior interesse da criança e do adolescente dedica-se de maneira absoluta para que seja assegurado as crianças e adolescentes 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.¹⁷ Princípio do superior interesse é o norte que direciona todos aqueles que se defrontam com as exigências naturais da infância e juventude e, portanto, materializá-lo é dever de todos.

¹⁵ VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil**. Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003, p. 439.

¹⁶ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 33.

¹⁷ DIAS, Maria. Berenice. **Manual de Direito das Famílias**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 70.

A origem histórica desse princípio se encontra no instituto protetivo do *parens patrie* do direito anglo-saxônico, pelo qual o Estado outorgava para si a guarda dos menores e loucos, que eram considerados indivíduos juridicamente limitados. O instituto foi seccionado no século XVIII, desassociando-se a proteção infantil da proteção do louco, e, em 1836, o princípio do superior interesse foi oficializado pelo sistema jurídico inglês. Veja-se, nesse cenário, que a aplicação do superior interesse era limitada a crianças e adolescentes em situação irregular. Posteriormente, o paradigma desse princípio foi modificado pela Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança, que aderiu a doutrina da proteção integral. A aplicação do referido princípio ganhou amplitude, aplicando-se a todo público infanto-juvenil, inclusive e mormente nos litígios de natureza familiar.¹⁸

Dessa forma, o direito tradicional que anteriormente não reconhecia a criança como indivíduo foi superado. Na era pós-moderna, a criança, o adolescente e o jovem são considerados sujeitos de direitos em sua integralidade. Ao afastar a doutrina da situação irregular até então vigente, a Constituição Federal de 1988 garantiu às crianças e aos adolescentes, com prioridade, direitos fundamentais, determinando à sociedade, à família, e ao Estado o dever legal e concorrente de assegurá-los.¹⁹

Por essa razão, todos os atos relacionados ao atendimento das necessidades da criança e do adolescente devem buscar como parâmetro a perspectiva dos seus melhores interesses. Essa perspectiva é orientadora das ações da família, da sociedade e do Estado, que nos processos de tomada de decisão sempre devem considerar quais as oportunidades que melhor alcançam os interesses da infância. O interesse superior da criança é o critério estruturante de organização sistemática do direito, entre seus vários campos, mas também no interior do próprio Direito da Criança e do Adolescente, porquanto visa orientar todas as ações voltadas à efetivação dos direitos fundamentais.²⁰

No mesmo propósito desse princípio, cabe reportar-se aos artigos 17 e 18 do Estatuto da Criança e do Adolescente²¹, que enfatizam a importância de zelar pela dignidade e pela integridade física e mental do menor. É cediço que os direitos fundamentais devem ser aplicados a todo ser humano, como forma de ser assegurada a sua intimidade, seus valores e sua

¹⁸ AMIN, Andrea Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 71.

¹⁹ AMIN, Andrea Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 56.

²⁰ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 34.

²¹ Art. 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. Art. 18. 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 (BRASIL, Estatuto da Criança e do Adolescente, 1990).

identidade. Todavia, em relação às crianças e adolescentes, esse direito surge potencializado, pois os danos que podem sobrevir em razão de sua inobservância são irreversíveis, acompanhando aqueles indivíduos por toda a sua vida.

Intimamente relacionado com o interesse superior da criança está o princípio da prioridade absoluta. O artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente atribuem como dever da família, da sociedade e do Estado a responsabilidade em assegurar os direitos fundamentais, instituindo que sua realização deve ser com absoluta prioridade. Nas palavras de André Custódio Viana:

Além de servir como critério interpretativo na solução de conflitos, o princípio da prioridade absoluta reforça verdadeira diretriz de ação para a efetivação dos direitos fundamentais, na medida em que estabelece a prioridade na realização das políticas sociais públicas e a destinação privilegiada dos recursos necessários à sua execução. Para que seja possível a efetiva realização dos direitos proclamados, as políticas públicas precisam alcançar um patamar diferenciado das práticas historicamente estabelecidas na tradição brasileira, por isso a importância do princípio da ênfase às políticas sociais básicas, pois esta é a determinação do Estatuto da Criança e do Adolescente em seu artigo 87, 1, que o incorpora como uma de suas linhas de ação. Trata-se da tentativa de superação das práticas assistencialistas, meramente emergenciais e segmentadas, que excluía a maior parte do universo das crianças e adolescentes da possibilidade de usufruir os serviços decorrentes das políticas sociais básicas.²²

O princípio da ênfase nas políticas sociais básicas possui como finalidade promover o reordenamento institucional, fornecendo um composto de serviços de efetivo atendimento aos interesses de crianças, adolescentes e suas famílias por meio de políticas de promoção e defesa de direitos, bem como de atendimento em todos os campos destinados à efetivação dos direitos fundamentais. Isso acarreta, ainda, no reconhecimento da assistência social como um campo específico de políticas públicas com caráter emancipatório, desassociado dos tradicionais laços assistencialistas e clientelistas.²³

Além disso, a implementação das políticas públicas exige respeito ao princípio da descentralização político-administrativa, uma vez que estas políticas devem ser realizadas no lugar onde vivem as pessoas. O Estatuto da Criança e do Adolescente determina no artigo 86 que: "a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente se fará através de um conjunto articulado de ações governamentais e não-governamentais, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos municípios".

No tocante às políticas de assistência social, a própria Constituição Federal é cristalina e determina no artigo 204: "1- descentralização político-administrativa cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal, e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social".

²² CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 35.

²³ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 36.

Nesse contexto, a descentralização deve estar acompanhada de canais democráticos de participação popular, com a capacidade de reivindicar a continuidade e permanência das ações neste campo. A descentralização tem o mérito da aproximação da política, e do direito da realidade social concreta, o que incentiva novas relações democráticas e participativas, muitas vezes consideradas como núcleo essencial do processo de construção de políticas públicas.²⁴

O princípio da participação popular na construção das políticas públicas pressupõe uma ação articulada entre sociedade civil e Estado, com a atuação dos Conselhos dos Direitos da Criança e do Adolescente, como órgãos paritários e das ações em todos os níveis. Este princípio se destina a estabelecer formas de participação crítica e ativa na elaboração das políticas públicas, assegurando instrumentos de fiscalização e controle, amparando as exigências da sociedade quanto à efetivação das políticas em quantidade e com qualidade adequadas.²⁵

A idealização e estruturação de um projeto emancipador que torne possível uma nova perspectiva de cultura política encerra em si a questão da participação. As ações da sociedade civil vêm ganhando corpo e legitimidade, especialmente nos últimos anos, em razão do alcance de novos espaços sociais e de uma postura crítica positiva em relação aos papéis que devem ser executados pelo Estado.

A participação popular também ganhou importantes reforços com o reenquadramento das políticas públicas no campo da administração do Poder Executivo. A tradicional doutrina menorista mantinha junto ao Poder Judiciário um grupo de atribuições estranhas a esse poder, porém legitimada pelo histórico papel de controle social e repressão. O princípio da desjurisdicionalização veio justamente no intuito para corrigir esta incoerência. Conforme leciona André Viana Custódio:

A desjurisdicionalização pretende definitivamente afastar do campo do Poder Judiciário a função assistencial, pois não é essa a razão da Justiça. Cabe ao Poder Público, através do Poder Executivo, prover os serviços necessários de atendimento à criança e ao adolescente. No entanto, o Poder Judiciário é chamado a assumir um novo papel mais comprometido com a efetivação dos direitos fundamentais quando estes não estiverem ao alcance necessário à sua concretização. Isso não significa a absoluta individualização das responsabilidades com a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas a verdadeira ação compartilhada e complementar no sistema de garantias de direitos orientado pela integração operacional dos órgãos do Poder Público responsáveis pela execução do Direito da Criança e do Adolescente.²⁶

Já o princípio da despoliciamento, que ocasiona também a descriminalização, elevou a efetivação dos direitos da criança e do adolescente à um novo patamar que reconhece a

²⁴ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 37.

²⁵ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 37.

²⁶ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 38.

efetivação dos direitos por meio de políticas públicas de promoção, substituindo as práticas repressivas e de controle social, vigentes no menorismo. O Direito da Criança e do Adolescente possui a sua própria teleologia e axiologia, resguardado pelo reconhecimento de princípios promocionais e intrinsecamente ligado com o princípio da dignidade da pessoa humana. Por essa razão, sua interpretação requer o reconhecimento da criança e do adolescente em sua condição peculiar de ser humano em desenvolvimento, tendo uma teleologia social, valorizando o bem comum, os direitos e as garantias individuais e coletivas, conforme dispõe o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.²⁷

Refletir sobre justiça no Direito da Criança e do Adolescente revela-se precípuo e implica no repensar das trajetórias jurídicas, culturais e sociais estabelecidas ao decorrer da história brasileira, e o despertar, conforme leciona Wolkmer "[...] para a construção de um pensamento crítico-interdisciplinar, marcado por uma racionalidade jurídica emancipadora e por uma ética da alteridade, expressão de novas práticas sociais participativas".²⁸

Nota-se que pouca ou nenhuma efetividade será obtida sem o compromisso firme com o princípio da tríplice responsabilidade compartilhada, de acordo com o qual a família, a sociedade e o Estado têm o dever de assegurar os direitos fundamentais da criança e do adolescente. Neste contexto, a articulação dos princípios do Direito da Criança e do Adolescente para sua aplicação na realidade concreta pode desempenhar um papel pedagógico, verdadeiramente provocador da cidadania, da democracia e das necessárias transformações sociais e políticas. Esse é o fundamento emancipatório da Teoria da Proteção Integral como instrumento de concretização dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes.²⁹

Ante o exposto, verifica-se que as crianças e adolescentes são reconhecidamente sujeitos de direito, e que deve haver um esforço comunitário entre família, Estado e sociedade para garantir uma vida digna aos indivíduos em desenvolvimento. No contexto de orfandade, após a perda da genitora, o olhar sobre as crianças e adolescentes deve ser ainda mais cuidadoso, devendo vir acompanhado de um agir eficaz em prol de proporcionar aos filhos do feminicídio uma perspectiva de vida e de futuro, o que deve ser efetivado, principalmente, por meio de políticas públicas específicas voltadas para essa finalidade, conforme será abordado no tópico subsequente.

²⁷ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 38-39.

²⁸ WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 142.

²⁹ CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente**. Criciúma: UNESC, 2009, p. 40.

3. O PROPÓSITO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS E A OMISSÃO ESTATAL

Ao analisar a violência contra mulher é fundamental não se contaminar pela ideia mecanicista de que as mulheres são simplesmente dominadas pelos homens e unicamente vitimadas por seus companheiros. “Uma democracia com pilares na cultura patriarcal é inoperante, vazia ou inexistente, o que consequentemente faz do direito um mero instrumento de estratégias de grupos dominantes”.³⁰

A ultrapassada percepção dual deve ser substituída pela interação dinâmica. O mesmo acontece com a vida doméstica/privada, a qual se institucionaliza abrindo o espaço destinado ao afeto e as individualidades para a burocracia presente no ambiente público, de maneira que a subjetividade passa a estar sob o crivo das relações interpessoais. Ao invés de desnaturar ou desqualificar a vida privada o movimento promove a interação, a harmonia de valores e princípios, fazendo com que o espaço privado deixe de ter uma soberania particular impenetrável. Deixou de ser temática de ordem unicamente privada para se converter em problema social com repercussão na saúde pública. Conforme Azevedo:

Em vez do simples controle dos excessos, dos afetos, dos desvios e diferenças, o movimento contra a violência estaria se transferindo para o domínio público as turbulências, perplexidades e incertezas vividas na privacidade. Estaria desestabilizando e redefinindo o foco das percepções sobre dominação, controle e poder. Por romper as velhas estruturas do patriarcalismo e desnaturalizar os dispositivos que asseguram o livre exercício da violência familiar, estaria, pragmaticamente, produzindo condições de ampliação da democracia, a despeito de seus efeitos colaterais.³¹

As leis que visam a proteção da mulher e a redução da violência são, em grande medida, da consciência de que não basta acesso à Justiça, é preciso acesso à Justiça qualificada. Qualificação essa desviada em espaços voltados unicamente para a punibilidade do agressor, onde o palco punitivista encobre e afasta o diálogo e a mediação, onde a pressa, o imediatismo e a desvalorização das dores humanas, sobretudo quando se fala em relações de gênero envoltas pela domesticidade, onde os amores e os rancores se amplificam. O protagonismo de proteção às vítimas é, na maior parte dos casos, vilipendiado.

Os problemas decorrentes da violência de gênero exigiam e exigem trato diferenciado respeitando as peculiaridades de uma cultura masculinizada penetrada na sociedade ao longo de séculos e gozando de ares de normalidade. O problema privado, depois social, assumiu a face de problema normativo, de incapacidade do modelo tradicional. Era premente a necessidade e a urgência de um novo modelo, haja vista o assentimento social do discurso

³⁰ COSTA, Marli M.M. da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogerio Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (orgs.) **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 3191.

³¹ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 285.

feminista de crítica feroz e genuína à banalização da violência e fragilização da figura feminina. Portanto, a punição não é o centro deste debate, eis que os filhos da violência de gênero não estarão mais amparados, valorizados e protegidos diante do mero cumprimento de pena pelo agressor.

Certo é que a Lei Maria da Penha reveste-se do caráter de política pública afirmativa, uma vez que inova ao trazer ferramentas de proteção à vítima e ainda pontua objetivo de busca pela igualdade de gênero. Entretanto, a Lei n. 13.104/2015, apesar de ter a relevante missão de identificar um grave problema social, não contém metodologias de transformação da realidade social, lastreando-se tão somente no aspecto punitivo, como se punir o agressor ou mera possibilidade de puni-lo fosse inibir a prática do feminicídio. Diga-se que se em algum momento a expectativa era essa, frustrou-se completamente, além de estancar na mulher a única vítima da violência fatal.

Não obstante a robustez do discurso e da luta feminista baseado em estudos complexos e amplos, as mulheres, assim como as crianças e os adolescentes, continuam a ocupar o lugar coadjuvante nas decisões políticas, eis que são minorias politicamente falando, ou seja, resguardam uma pequena parcela de poder que não impacta suficientemente nas decisões em seu favor. Dessa maneira, percebe-se a imprescindibilidade de políticas públicas de visibilidade, reconhecimento, valorização e proteção às vítimas do feminicídio, neste caso especificamente, os filhos do feminicídio.

Ao invés disso, o Estado brasileiro resumiu-se a aderir ao superado método punitivista de solução de problemas sociais. A fuga da centralidade de proteção às vítimas precisa ser imediatamente corrigida em nome da teoria da proteção integral e do princípio do superior interesse da criança e do adolescente, por meio de políticas públicas fundamentadas no cuidado, por meio de medidas de índole sensata e voltadas a não formação de estigmas e rótulos, pois permanece viva por meio do direito penal a rede de discursos, presente em todos os níveis do corpo social. Tal rede marca pelo poder e a elegância sutil do simbolismo, se revela em modelos disciplinares e reguladores, a fim de manter os modelos tradicionais dos quais se retroalimenta. “É importante que se remova das relações sociais o hábito de punir, pois não está em discussão a violação da norma, e, sim a relevância de se abrir espaços públicos para suprir déficits de comunicação”.³²

O aumento da demanda por intervenção pública nos conflitos intrafamiliares e as críticas ao tratamento homogeneizador e criminalizante apontam em direção a novas formas de políticas públicas com potencial verdadeiramente transformador. Estes processos parecem revelar não

³² COSTA, Marli M.M. da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogerio Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (orgs.) **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010, p. 3185.

uma volta à privatização do mundo doméstico, mas uma nova relação entre instâncias do “público” e do “privado”. Com a Lei nº 13.104/2015, ao invés de avançar e desenvolver mecanismos para a administração de conflitos, possivelmente mais eficazes para alcançar o objetivo de redução da violência, mais uma vez recorreu-se ao mito da tutela penal, neste caso ela própria uma manifestação da mesma cultura que se pretende combater.³³

Diante da urgência e emergência impostas pela elevada conflituosidade e do paradigma da reação social, a preocupação deve se afastar do comportamento desviante considerado em si mesmo e se voltar – orientada pela crítica marxista do estrutural-funcionalismo, e pelo interesse weberiano com o poder e a dominação nas sociedades com objetivos conflitantes – para o controle social exercido pelas instituições estatais de justiça e pelos serviços sociais do Estado providência. Assim, o fundamento e a prática do controle social passam a se ater diretamente aos problemas da dominação cultural, política e econômica de certos grupos sobre outros. A resposta social ao desvio nas sociedades modernas e pós-modernas se foca em formas de controle formal e institucional, e ao mesmo tempo na procura de técnicas fundadas mais na persuasão e menos na coerção, utilizando-se para tanto meios de comunicação de massa.³⁴ Veja-se:

Pela simplificação que introduz na realidade, a violência viola a complexidade dos elos existentes entre as coisas e os homens. Uma situação conflituosa resulta sempre de uma amálgama, de uma imbricação muito complexa de inúmeras causas. Para resolver o conflito, é preciso tentar agir ao mesmo tempo sobre todas as causas que o criaram. A violência é incapaz de elevar a cabo essas diferentes ações. Devido ao seu mecanismo simplificador, ela retém apenas uma causa e só age numa direção.³⁵

Quando se pretende enfatizar a não-violência, geralmente é no sentido de opção, de escolha das pessoas para a condução da sua vida, mas não se admite como regra, sobretudo na pauta política, uma vez que se afirma a inerência da ação violenta como recurso necessário. Viver em ambiente de respeito aos direitos humanos não significa ausência de conflitos, mas o tratamento dos mesmos de forma não violenta. Enfim, se deve buscar o alinhamento entre meios e fins, pois se o objetivo é a conciliação, ilógico e despropositado é tentar atingi-la por meio da violência e da repressão. “O processo de implementação de políticas públicas com a transversalidade de gênero, no entanto, encontra-se limitado pela fragilidade política dos mecanismos institucionais de defesa dos direitos da mulher”.³⁶

³³ COSTA, Marli M.M. da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogerio Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (orgs.) **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

³⁴ AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

³⁵ MULLER, Jean Marie. **O princípio de não-violência: percurso filosófico**. Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995, p. 123.

³⁶ PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de gênero, capital social, empoderamento e políticas públicas no Brasil. In: BAQUERO, Marcello. In: BAQUERO, Marcello. (org.) **Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social**. Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFRGS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001, p. 201.

O discurso de proteção aos vulneráveis, especialmente às mulheres e crianças e adolescentes, mantém-se preso ao excessivo recurso do sistema penal, exigindo a criminalização de novas condutas, a redefinição e novas nomenclaturas para os tipos penais existentes e ainda o agravamento de penas. Esse excesso promove uma elevação exagerada das expectativas quanto ao próprio poder do sistema penal e ainda da estrutura punitiva. Isso, por si só, conduz a um processo de perda de legitimidade e de descrédito do mecanismo punitivo do Estado, uma vez que, ao contrário do discurso, a vida das mulheres não se resolve com uma sentença penal condenatória. A estrutura penal foi construída para o protagonismo do réu, o qual é acusado e ao mesmo tempo recebe proteção enquanto a vítima ocupa a postura de meio de prova somente. O direito penal age sobre o passado e não possui essa pretensão de transformador da realidade social, o que incumbe às políticas públicas.

A natureza jurídica do direito penal é por excelência da negatividade e da repressividade. O poder nele inscrito, contudo, não é somente repressivo, pois traduz discurso, o qual de uma parte, legitima a lógica seletiva com que opera o sistema penal e, de outra, dá sustentabilidade a um paradigma patriarcal que, de sua manifesta função de proteção à sua função latente e efetiva de subordinação e inferiorização da mulher, funciona como um suporte e dispositivo institucional agindo na (re)produção discursiva de gênero, operando, ainda, na construção discursiva de categorias (tipos de mulheres).³⁷

Enfatizar que a solução para a violência contra a mulher - e toda aquela dela decorrente - reside no sistema penal é insistir na sociedade de modelo patriarcal, de dominação e submissão, onde os vulneráveis deixam de estar em situação de violência e passam a condição de vítimas, vítimas eternas, do homem, do sistema, da sociedade. Necessário se faz assimilar a complexidade das relações de poder, das dimensões da desigualdade social e, sobretudo as bases da proteção integral da criança e do adolescente, a fim de se fundamentar o discurso na máxima eficácia dos direitos humanos fundamentais, tendo como objetivo o protagonismo, o amparo e a proteção de crianças e adolescentes, melhor dizendo, os filhos do feminicídio, por meio do investimento maciço em políticas públicas de incentivo e promoção do empoderamento de base. Importa construir estruturas e mecanismos de diálogo utilizando-se da teoria da proteção integral e do princípio do melhor interesse da criança e do adolescente para ocupação do espaço público e intensificação dos processos de fortalecimento da cidadania em busca da manutenção da igual dignidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A publicação da Lei 13.104/2015 significou o reconhecimento pelo Estado brasileiro de que em seu território mulheres são vítimas de crimes brutais por serem mulheres em uma

³⁷ WERLE, Vera Maria. O direito penal sob uma perspectiva de gênero. In: BOFF, Salete Oro. (org.) **Gênero: discriminações e reconhecimento**. Passo Fundo: Imed, 2011, p. 133.

sociedade desigual. Ao mesmo tempo, descortina, se opõe e denuncia a violência de gênero existente e retrata uma das maiores manifestações do desequilíbrio de poder intrafamiliar, vitimando inúmeras mulheres.

O corpo de uma mulher vítima de feminicídio possui significados profundos e muito mais complexos e dolorosos do que as lesões perceptíveis e periciáveis, bradando o inconcebível e desnudando histórias de vida, sonhos, projetos e desejos, permanentemente ceifados pela violência.

Entretanto, o cenário de violência não termina com a morte da vítima direta do feminicídio, eis que, no mais das vezes, outras vítimas são imediatamente identificadas na esfera desse violento crime: os órfãos dessas mulheres. O feminicídio transfigura o vínculo materno filial e deixa um rastro de dor, sofrimento e desamparo nos filhos das vítimas.

São crianças e adolescentes que precisam refazer suas vidas diante da ausência repentina da genitora, da referência que tinham, do zelo, da proteção, do cuidado e do amor materno. Soma-se a isso que em diversos casos são colocadas diante da ausência paterna, quando este é o autor do feminicídio.

Ao perderem a mãe de maneira tão cruel e, algumas vezes, terem o próprio pai ou representante da figura paterna como homicida, os filhos do feminicídio vivenciam um torpor psicológico, que envolve perda da família, do lar, das referências de segurança e proteção.

Os prejuízos para as crianças e adolescentes ocorrem em todos os níveis: emocional, psicológico, social, comportamental, afetando de forma significativamente negativa seu bem-estar e seu desenvolvimento, com consequências a curto, médio e longo prazo que, indubitavelmente, podem comprometer suas vidas e suas relações.

Os problemas decorrentes da violência de gênero exigiam e exigem trato diferenciado respeitando as peculiaridades de uma cultura masculinizada penetrada na sociedade ao longo de séculos e gozando de ares de normalidade. O problema privado, depois social, assumiu a face de problema normativo, de incapacidade do modelo tradicional. Era premente a necessidade e a urgência de um novo modelo, haja vista o assentimento social do discurso feminista de crítica feroz e genuína à banalização da violência e fragilização da figura feminina. Portanto, a punição não é o centro deste debate, eis que os filhos da violência de gênero não estarão mais amparados, valorizados e protegidos diante do mero cumprimento de pena pelo agressor.

Certo é que a Lei Maria da Penha reveste-se do caráter de política pública afirmativa, uma vez que inova ao trazer ferramentas de proteção à vítima e ainda pontua objetivo de busca pela igualdade de gênero. Entretanto, a Lei n. 13.104/2015, apesar de ter a relevante missão de

identificar um grave problema social, não contém metodologias de transformação da realidade social, lastreando-se tão somente no aspecto punitivo, como se punir o agressor ou mera possibilidade de puni-lo fosse inibir a prática do feminicídio. Diga-se que se em algum momento a expectativa era essa, frustrou-se completamente, além de estancar na mulher a única vítima da violência fatal.

Não obstante a robustez do discurso e da luta feminista baseado em estudos complexos e amplos, as mulheres, assim como as crianças e os adolescentes, continuam a ocupar o lugar coadjuvante nas decisões políticas, eis que são minorias politicamente falando, ou seja, resguardam uma pequena parcela de poder que não impacta suficientemente nas decisões em seu favor. Dessa maneira, percebe-se a imprescindibilidade de políticas públicas de visibilidade, reconhecimento, valorização e proteção às vítimas do feminicídio, neste caso especificamente, os filhos do feminicídio.

Fala-se em políticas públicas que priorizam a proteção dos vulneráveis, a punição cabe a legislação penal, a qual já possui inúmeras dificuldades de realização de seus propósitos. Aqui fala-se em visibilidade e reconhecimento da demandas das vítimas do feminicídio que também são os filhos das mulheres mortas em atos violentos. Negar o problema, desconhecer oficialmente a demanda não traz a solução para o problema, os filhos do feminicídio constituem-se em uma triste realidade brasileira que se apresenta urgente. A teoria da proteção integral e o princípio do superior interesse da criança e do adolescente reconhecem essa emergencialidade e impõem a agenda prioritária de construção de políticas públicas específicas para proteção e cuidado.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andrea Rodrigues. Doutrina da Proteção Integral. In: MACIEL, K. R. F. L. A. (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. **Sociologia e justiça penal: Teoria e prática da pesquisa sociocriminológica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. **Código Penal**. Decreto Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940. Brasília, DF, 1990.

_____. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal n. 8.069 de 7 de dezembro de 1990. Brasília, DF, 1990.

_____. **Lei Maria da Penha.** Lei Federal n. 11.340 de 7 de agosto de 2006. Brasília, DF, 2006.

BIANCHINI, Alice. **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.

COLUSSI, Eliane Lucia; DIEHL, Astor Antônio. **Cultura e pedagogia da violência: o caso dos Vargas.** Passo Fundo: UPF, 2008.

COSTA, Marli M.M. da. Justiça restaurativa e alienação social. In: LEAL, Rogerio Gesta; REIS, Jorge Renato dos. (orgs.) **Direitos sociais e políticas públicas: Desafios contemporâneos.** Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

CUSTÓDIO, Viana André. **Direito da Criança e do Adolescente.** Criciúma: UNESC, 2009.

DIAS, Maria. Berenice. **Manual de Direito das Famílias.** 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

FERNANDES, Valéria Dias Scarance. **Lei Maria da Penha: o processo penal no caminho da efetividade.** São Paulo: Atlas, 2015.

JESUS, Damásio Evangelista. **Violência contra a mulher: aspectos criminais da Lei n. 11.340/2006.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

MULLER, Jean Marie. **O princípio de não-violência: percurso filosófico.** Tradução de Maria Fernanda de Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1995.

PRÁ, Jussara Reis. Cidadania de gênero, capital social, empoderamento e políticas públicas no Brasil. In: BAQUERO, Marcello. In: BAQUERO, Marcello. (org.) **Reinventando a sociedade na América Latina: cultura política, gêneros, exclusão e capital social.** Porto Alegre/ Brasília: Ed. Universidade/UFGRS/Conselho Nacional de Direitos da Mulher, 2001.

VERONESE, Josiane Rose Petry. Humanismo e infância: a superação do paradigma da negação do sujeito. In: MEZZAROBBA, Orides (Org.). **Humanismo Latino e Estado no Brasil.** Florianópolis: Fundação Boiteux; Treviso: Fondazione Cassamarca, 2003.

WEBER, Max. **Economia y sociedade.** Tradução de José Medina Echavarría et al. México: Fondo de Cultura econômica, 1996.

WERLE, Vera Maria. O direito penal sob uma perspectiva de gênero. In: BOFF, Salete Oro. (org.) **Gênero: discriminações e reconhecimento.** Passo Fundo: Imed, 2011.

WOLKMER, Antonio Carlos. **História do Direito no Brasil.** 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE EDUCAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EMPODERAMENTO DO GÊNERO FEMININO

THE NEED FOR PUBLIC EDUCATION AS A INSTRUMENT FOR FEMALE GENDER EMPOERMENT

Valesca Brasil Costa¹

Valmor Scott Jr.²

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo pesquisar sobre a necessidade de políticas públicas de acesso à educação de mulheres que se encontram em situação de vulnerabilidade, por serem vítimas de violência doméstica como uma maneira de efetivação dos Direitos Humanos. Quanto à metodologia, se trata inicialmente de uma revisão bibliográfica, em obras que revisitam a relação das mulheres com o acesso a educação, obras que abordam sobre a gênese dos estudos sobre gênero feminino, e ainda legislação referente ao tema sobre violência contra a mulher. Quanto ao recorte temporal, esta pesquisa tem como início a promulgação da Lei Maria da Penha (Lei 11340/2006) e tendo como recorte final o ano de 2023. Dentre as principais considerações que este estudo destaca está a necessidade de políticas públicas de acesso à justiça buscando a efetivação do acesso à educação como instrumento fundamental de empoderamento feminino.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Mulher. Educação.

ABSTRACT

The present works aims to research on the need for public policies for accces to education for women Who are in a situation of vulnerability, as they are victims of domestic violence as a way os making humn rights effective. As for the methodology, it is initially a bibliographic review, in works that revisit the relationship os women with Access to education, works that addres the Genesis os studies on female gernder, na also legislation on topic os violence against women. As for the time frame, this research begins of studies on female gender, and also legislation on the topic of violence agast women. As for the time frame, this research begins with the enactment of the Maria da Penha Law) (Law 11340/2006) and hás the year 2023 as ists final cut justice seekin effective acces to education as a fundamental osf female empowerment.

KEYWORDS: Human Rights. Women. Education.

¹ Mestranda em Direito no PPGD/UFPel. valescacosta@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3503408474779065>

² Professor na Faculdade de Direito/UFPel e Pesquisador permanente do PPGD/UFPel. valmorscottjr@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9806421589183882>

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo pesquisar sobre a necessidade de políticas, considerando a necessidade de oferecer educação para mulheres em situação de vulnerabilidade por serem vítimas de violência doméstica. Assim, torna-se possível efetivar Direitos Humanos.

Quanto à metodologia, inicialmente, se trata de uma revisão bibliográfica, a partir de obras que revisitam a história da educação e a relação das mulheres com o acesso a educação, as quais abordam sobre a gênese dos estudos sobre gênero feminino, e, ainda, legislação referente ao tema sobre violência contra a mulher.

Quanto ao recorte temporal, esta pesquisa tem como início a Lei Maria da Penha (Lei nº 11340/2006) e, como recorte final, o ano de 2023 (justificado como prazo final de uma pesquisa maior).

Desta maneira, esta pesquisa mostra sua relevância ao buscar a efetivação dos direitos humanos através do acesso à políticas públicas a mulheres em situação de violência doméstica, que se encontram, portanto, em estado de vulnerabilidade social, em especial, através do acesso à educação com instrumento de inserção social.

1. O ACESSO DAS MULHERES À EDUCAÇÃO

Assim, antes de nos deter, especificamente, no aspecto central deste trabalho, é preciso revisitar a história e a memória deste cerceamento à educação às mulheres.

Estudar o acesso das mulheres à educação ocorre como uma necessidade básica para chegar ao mote deste estudo, uma vez que a educação é um instrumento extremamente representativo no processo de empoderamento feminino e na quebra do ciclo da violência doméstica, pois além de possibilitar à mulher, a identificação dos tipos de violência doméstica em que, muitas vezes, está inserida, possibilita que a mulher se qualifique para a inserção no mercado de trabalho e, com isto, deixe de ficar dependente economicamente do homem autor de violência doméstica.

Neste sentido, é fundamental destacar a autora Shiroma (2002, p. 7) a qual considera que certos contratos sociais são necessários para que a política social flua, dando ao Estado a gerência e administração da educação com seus cidadãos.

Desta feita, para esta autora, as políticas públicas são ações do Estado, por meio das quais gerenciam o acesso do cidadão a determinados direitos, como ocorre no caso do acesso à educação.

Assim, após traçar esta breve contextualização sobre o acesso das mulheres à educação, observa-se, nitidamente, que o direito à educação foi, desde muito, cerceado às mulheres, em especial, porque estudar a regra geral leva a maioria das mulheres a ter uma profissão e, conseqüentemente, sua independência financeira.

Seguindo a observação do parágrafo anterior, podemos analisar a trajetória da filósofa Hipátia de Alexandria, uma mulher que teve a vida brutalmente ceifada justamente por ter acesso à educação e se tornar uma referência não só como filósofa, mas também na política, como segue:

São poucas as fontes antigas subjacentes à tradição literária em torno da bela e jovem Hipátia, filósofa e matemática famosa, admirada pelos seus companheiros de paganismo e desprezada pelos cristãos, em especial pelo patriarca Cirilo, que juntamente com os seus, infligiu uma morte cruel e imerecida, e assim por diante, com variações no desenvolvimento do tema segundo os casos (DZIELSKA, p.31, 2009)

Ainda fazendo menção à citação anterior fica evidente que qualquer maneira de empoderamento feminino nem sempre foi bem visto pela sociedade patriarcal, e que o acesso à educação sempre foi visto como um espaço de tomada de decisões da sociedade.

Desta maneira, fica evidente, ainda que no início deste estudo, que várias foram as maneiras de opressão contra a mulher, perpassando das mais sutis formas de opressão como o cerceamento à educação, até a violência física.

Cabe destacar que em um dos momentos históricos de maior destaque dentro da luta por garantia aos direitos da civilização ocidental a presença das mulheres esteve lá, embora seja quase nulo documentos que narrem este episódio, como bem destaca a obra intitulada “Os Direitos da mulher e da cidadã por Olímpia de Gouges” obra de Dalmo de Abreu Dallari, que destaca esta figura feminina mais uma vez pouco estudada:

A Declaração dos Direitos “do Homem”, segundo ela era evidentemente discriminatória, pois já a partir da denominação excluía as mulheres, negava seus direitos de cidadania e contrariava os objetivos da mobilização popular contra a desigualdade. Daí sua indignação, sua revolta e sua decisão de elaborar uma Declaração dos Direitos da Mulher. Essa mulher era justamente Olympe de Gouges... (DALLARI, 2016, p.31)

Embora se tenha apontado apenas dois momentos em que a figura feminina não teve seu merecido destaque tendo em vista sua importante participação na luta fosse pela educação, ou fosse pela luta em direitos iguais, o que a história das mulheres inicia e evidenciar é justamente que ela foram presentes embora seus vestígios fossem apagados por aqueles que preferiam o anonimato das mulheres.

2. CONCEITUANDO GÊNERO

É fundamental destacar, antes nos determos a estudar o conceito de “gênero” utilizado hoje, que vai além da noção biológica, o papel fundamental da autora Joan Scott, que teve um importante papel no protagonismo do uso do termo como uma noção que abarca uma dimensão social e plural deste termo.

A norte-americana Joan Scott (1990) articulou o uso do termo “gênero”, que por sua vez centrava a definição não nas determinações biológicas, mas no caráter social das diferenças entre os sexos:

Mais recentemente - demasiado recente para que pudesse encontrar seus caminho nos dicionários ou *Encyclopedia of Social Sciences* – as feministas começaram a utilizar a palavra ‘gênero’ mais seriamente, num sentido mais literal, como maneira de se referir à organização social da relação entre sexos (SCOTT, 1990, p. 05).

É fundamental considerar que SCOTT é um divisor entre o antes e o depois no que se refere dos estudos sobre gênero feminino, uma vez que com este conceito é possível superar a leitura apenas biológica do ser humano e abre a possibilidade de ser feita uma leitura social dos sexos, como segue abaixo:

Concebida originalmente para questionar a formulação de que a biologia é o destino, a distinção entre sexo e gênero atende a tese de que, por mais que o sexo pareça intratável em termos biológicos, o gênero é culturalmente construído: consequentemente, não é nem o resultado casual do sexo nem tampouco tão aparentemente fixo quanto o sexo. Assim, a unidade do sujeito já é potencialmente contestada pela distinção que abre espaço ao gênero como interpretação múltipla do sexo (BUTLER, p. 26, 2016)

Os limites impostos pelo caráter biológico vão assim sendo rompidos, e o começa a ser construída uma definição que considera o caráter histórico em que o ser humano está inserido, de maneira que para compreender esta definição é preciso ir além da possibilidade binária do sexo feminino ou sexo masculino, é preciso considerar o ser humano em constante transformação, e é preciso considerar o ser humano não apenas como um ser biológico, mas como um ser social.

Nesse caso, não a biologia, mas a cultura se torna destino. Por outro lado, Simone de Beauvoir sugere, em *O segundo sexo*, que, “Ninguém nasce mulher: torna-se mulher”. Para Beauvoir, o gênero é “construído”, mas há um agente implicado em sua formulação, um cogito que de algum modo assume ou se aproxima desse gênero, podendo, em princípio, assumir algum outro. (BUTLER, p.29, 2016).

Assim, seguindo o contexto explanado no parágrafo anterior se percebe que há uma guinada na posição ocupada pelas mulheres no espaço público da sociedade, desta feita se as características físicas determinavam as possibilidades criadas pelas posições públicas, e a genética masculina intimidava e determinava poder, essas noções baseadas em superioridade física serão ultrapassadas e se abordará as diferenças entre homens e mulheres tendo uma noção e caráter social e psicológico.

Com isso, a noção de “gênero”, que durante muito tempo foi usado para designar especificamente as diferenças biológicas entre os sexos, ou seja, gênero feminino ou gênero masculino avança fortemente.

3. POLÍTICA PÚBLICA DE EDUCAÇÃO: A NECESSIDADE DO ACESSO DAS MULHERES

Antes de nos determos especificamente na questão mais pontual deste estudo, ou seja, a necessidade de políticas públicas de acesso à justiça e de educação específicas para mulheres vítimas de violência doméstica como instrumento de garantia de Direitos Humanos

Desta maneira, se faz necessário antes que se revise historicamente esta relação das mulheres com a educação, para compreender o quanto a educação é fundamental para que efetive a garantia dos Direitos Humanos.

Cabe destacar, como considerado ainda no início deste estudo, que a mulher durante muito tempo foi cerceada do espaço público, lhes sendo reservado o espaço do lar, enquanto ao homem é permitido ser um sujeito público e conseqüentemente ocupar lugares de poder e de decisão social.

Embora com esta realidade o Brasil desde muito cedo teve representantes que defendiam o direito da mulher brasileira em ter acesso à educação, como é o caso de Nísia Floresta:

Assim iniciava, em meados do século XIX, o Opúsculo humanitário, um dos vários escritos com que essa professora autodidata iria perturbar a sociedade brasileira. Afinal, o que pretendia essa “mulher metida a homem”? Nísia Floresta, uma voz feminina revolucionária, denunciava a condição de submetimento que viviam as mulheres no Brasil e reivindicava sua emancipação, elegendo a educação como instrumento através do qual essa meta seria alcançada LOURO (pág 443, 2015)

Nísia Floresta deixa nítido em seu livro “Opúsculo humanitário”, que o Brasil embora pretenda demonstrar para outras nações que é um país em franco desenvolvimento, não vira seus olhos para a educação das mulheres, o que para a autora demonstra que os governantes do Brasil tem um discurso e outra prática, estando condenado ao atraso.

Enquanto pelo velho e novo mundo vai ressoando o brado-emancipação da mulher- nossa débil voz se levanta, na capital do Império de Santa Cruz, clamando: educai as mulheres!

Povos do Brasil, que vos dizeis civilizados! Governo, que vos dizeis liberal! Onde está a doação mais importante dessa civilização, desse liberalismo? Em todos os tempos, e em todas as nações do mundo, a educação da mulher foi sempre um dos mais salientes característicos da civilização dos povos (FLORESTA, 1853, p.2).

Paradoxalmente se as mulheres no Brasil desde muito cedo foram cerceadas ao acesso à educação será justamente, destacando que dentre as primeiras profissões em que a mulher teve acesso, estava intimamente relacionadas com o ato do cuidar do próximo.

Assim, foi o magistério, uma das profissões em que a mulher conseguiu primeiro se inserir cabendo, entretanto, considerar que ser professora estava limitado ao magistério primário, espaço que os homens haviam abandonado por estar vinculado a baixos salários.

Para corroborar com o dito anteriormente é interessante trazer a leitura de que considera muito bem no corpo de seu estudo ao atrelar a mulher como figura própria para ocupar o espaço profissional do magistério justificando que características que até então ficavam relacionadas à mulher como acolhimento, docilidade, cuidado e maternidade, não estimulando que a mulher fosse também politicamente ativa, defensora de seus direitos e de espaço de decisão e poder na sociedade.

A partir de então passam a ser associadas ao magistério características tidas como “tipicamente femininas”: paciência, minuciosidade, afetividade, doação. Características que por sua vez, vão se articular à tradição religiosa da atividade docente reforçando ainda a ideia de que a docência deve ser percebida mais como “sacerdócio” do que como uma profissão. Tudo foi muito conveniente para que se constituísse a imagem das professoras como “trabalhadoras dóceis, dedicadas e pouco reivindicadoras” o que serviria futuramente para lhes dificultar a discussão de questões ligadas a salário, carreira, condições de trabalho, etc (LOURO, pág. 450,2015)

Assim, fica evidente neste estudo que o espaço inicial para a entrada na mulher no ambiente profissional fora do lar foi justamente no magistério, e contraditoriamente o espaço da educação que deveria ser inclusivo, oferece a mulher uma remuneração defasada.

Não basta inquirir como as mulheres podem se representar mais plenamente na linguagem e na política. A crítica feminista também deve compreender como a categoria das “mulheres”, o sujeito do feminismo, é produzida e reprimida pelas mesmas estruturas de poder por intermédio das quais busca emancipação (BUTLER, p.20, 2016)

Antes de estudarmos especificamente este tópico, é preciso que se destaque que já de pronto, que quando se fala de políticas públicas (independente de serem políticas públicas específicas de educação) existe um questão que é crucial para que qualquer política pública avance e dê certo, a sua continuidade independente de mudança de governo, e isto como se tem acompanhado não ocorre, pois é frequente com a mudança de governo, mudarem as prioridades ao que se refere à políticas públicas.

Não se pretende aqui revisitar a história dos Direitos Humanos, mas é preciso que se destaque que foi preciso o ser humano passar por atrocidades da I Guerra Mundial e da II Guerra Mundial, para perceber que a positivação de direitos mínimos que temos pela condição de seres humanos, como contextualizado abaixo:

Neste cenário, a Declaração de 1948 inova a gramática dos direitos humanos, ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade destes direitos. Universalidade porque clama pela extensão universal dos direitos humanos, sob a crença de que a condição de pessoa é o requisito único para a titularidade de direitos, considerando o ser humano como um ser essencialmente moral, dotado de unicidade existencial e dignidade. Indivisibilidade porque a garantia dos direitos

A garantia dos Direitos Humanos às mulheres e a relação com políticas públicas de acesso à justiça, demonstra que é justamente através da educação que as mulheres tomam conhecimento dos Direitos Humanos e se empoderam contra a violência doméstica.

Cabe destacar que quando se fala em políticas públicas de justiça está imbricado neste contexto a educação, e é preciso que se destaque que a presença do Estado como garantidor das necessidades básicas dos seus cidadãos, como já destacava o filósofo Aristóteles ao considerar justamente que o ser humano é um animal político e se diferencia dos demais animais por sua necessidade de viver na “Pólis”.

É interessante destacar que a implementação das políticas públicas de educação foi marcada pela Constituição Federal de 1988, que representou um marco democrático no que se refere à educação, abrindo passagem para outras formas de legalização do ensino, primando pela igualdade de acesso, condições e oferta, almejando oferecer um ensino público, gratuito e de qualidade.

A autora Shiroma (2002, p. 7) considera que certos contratos sociais são necessários para que a política social flua, dando ao Estado a gerência e administração da educação para com seus cidadãos:

O uso corrente do termo “política” pronuncia uma multiplicidade de significados, presentes nas múltiplas fases históricas do Ocidente. Em sua acepção clássica, deriva de um adjetivo originado de *polis* – *politikós* – e refere-se a tudo que diz respeito a cidade e, por conseguinte, ao urbano, civil, público, social. A obra de Aristóteles, *A Política*, considerada o primeiro tratado sobre o tema, introduz a discussão sobre a natureza, funções e divisão do Estado e sobre as formas do governo.

Desta maneira, aprofundando mais a questão das políticas públicas de educação e em especial quando abordado mais especificamente a modalidade de cotas em si, é interessante trazer à tona o caso dos Estados Unidos da América (EUA), em 1964, com a aprovação da Lei de Direitos Civil Americana (*Civil Right Act*), foram criados programas de ações afirmativas que assegurassem à integração dos negros na universidade, por meio da admissão por cotas raciais.

Assim, após traçar esta breve contextualização sobre o acesso das mulheres à educação, se percebe nitidamente que o direito ao acesso à educação foi desde muito cerceado às mulheres, em especial por que estudar regra geral leva a maioria das mulheres a ter uma profissão e consequentemente sua independência financeira.

É justamente aí o começo de um dos tipos de violência contra a mulher, ou seja, a dependência financeira leva com que a mulher fique dependente de seu companheiro e se torne refém ao tomar decisões de sua vida e culmina com a violência física.

A necessidade de políticas pública de educação para mulheres vítimas de violência doméstica como garantia de Direitos Humanos é urgente, é preciso que se preparem e elaborem cotas para que estas mulheres tenham acesso à educação e sejam priorizadas, para que a educação cumpra um de seus principais fundamentos, o empoderamento feminino e o fim da ignorância.

Por fim, cabe ainda destacar que a necessidade de políticas públicas de educação específicas para mulheres deve ser um compromisso de qualquer país que pretenda se colocar como uma potência mundial. Logo, está na hora do Brasil sair das estatísticas crescentes da violência contra as mulheres e buscar reverter através da educação esta situação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao concluir este estudo sobre políticas públicas, considerando a educação como um instrumento efetivação de direitos humanos para mulheres em situação de vulnerabilidade, observa-se, em seus resultados preliminares, que existe uma dívida histórica com as mulheres brasileiras, que foram, desde sempre, cerceadas no acesso à educação, em sociedade, tipicamente, patriarcal.

Este cerceamento à educação deixou milhares de mulheres à margem da sociedade e a margem das decisões de sua vida e das decisões da sociedade, e em muitos casos reféns de algozes, uma vez que sem a mínima instrução não conseguem adentrar no mercado de trabalho e com isto se tornam não só dependentes financeiramente de seus companheiros, mas muitas vezes se submetem à agressões físicas, sexuais e psicológicas previstas na Lei 11.340/2006 (Lei Maria da Penha).

E assim, como seres históricos, como estudiosos e como cidadãos que estamos inseridos em um dos países que mais mata mulheres no mundo, é que não há como deixar de pesquisar, deixar de estudar, deixar calar, deixar de clamar pelo empoderamento das mulheres brasileiras (especialmente por acesso à educação e trabalho), deixar de estudar a trajetória jurídica do caso Maria da Penha por busca aos Direitos Humanos em via internacional quando o Brasil mais uma vez era omissor à proteção da mulher brasileira vítima de violência doméstica.

REFERÊNCIAS

Aristóteles (2017). **A Política**. (N. S., Chaves Trad.). Rio de Janeiro: Nova Fronteira.

Brasil. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. (1988). Brasília: Senado Federal.

Brasil. Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006. (2006). **Lei Maria da Penha**. Brasília, DF.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**/ 10ª Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.

Dallari, D. de A. (2016). **Os direitos da mulher e da cidadã por Olimpia de Gouges**. São Paulo: Saraiva.

Floresta, N. (1853). **Opúsculo humanitário**. Rio de Janeiro. Typographia de M. A. Silva Lima.

Louro, G. L. (2015). **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva posestruturalista**. Petrópolis: Vozes.

PIOVESAN, Flávia. Reforma do Judiciário e Direitos Humanos. In Caderno de Direito Constitucional, 2006.

Scott, J. W. (1990). Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação e Realidade**, 16 (2): 1-5.

Shiroma, E. O.; Moraes, M. C. M.; Evangelista, O. (2004). **Política Educacional**. 3. ed. Rio de Janeiro: DP&A

AS MULHERES NO AMBIENTE DE TRABALHO E O DIREITO AO TRATAMENTO PARITÁRIO

WOMEN IN THE WORK ENVIRONMENT AND THE RIGHT TO PARTY TREATMENT

Gabriela Bolzan Souza
Maira Angélica Dal Conte Tonial

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discutir as questões que envolvem as mulheres no ambiente de trabalho e o direito que estas possuem de receber tratamento igualitário com relação aos homens. Não são raras as situações em que as mulheres são tratadas de forma desigual no ambiente de trabalho, são deixadas por último na fila de vagas para emprego, e tudo isso fere, sobretudo, direitos constitucionais. Entre estes direitos estão o direito de exercer qualquer ofício ou profissão, o direito ao tratamento igualitário, bem como a dignidade da pessoa humana. Neste viés, utilizando do método hipotético-dedutivo, iremos demonstrar como a dignidade da pessoa humana está interligada com o direito ao trabalho, com o tratamento igualitário entre homens e mulheres, e também quais os riscos e consequências da perpetuação da desigualdade entre homens e mulheres dentro do mercado de trabalho.

PALAVRAS-CHAVE: desigualdades; mulheres; profissão; tratamento igualitário.

ABSTRACT

This article aims to discuss the issues that involve women in the workplace and their right to receive equal treatment with men. Situations in which women are treated unequally in the workplace are not uncommon, they are left last in the job vacancy queue, and all of this hurts, above all, constitutional rights. These rights include the right to exercise any trade or profession, the right to equal treatment, and the dignity of the human person. In this way, using the hypothetical deductive method, we will demonstrate how the dignity of the human person is interconnected with the right to work, with equal treatment between men and women, and also what are the risks and consequences of the perpetuation of inequality between men and women within the labor market.

KEYWORDS: equal treatment; inequalities; profession; women.

INTRODUÇÃO

Durante séculos a fio, perdurou a ideia de que a mulher era uma espécie de objeto, destinado a cuidar da casa, do marido, reproduzir, e amamentar os filhos. A figura feminina era ligada a funções caseiras, sempre afastada de qualquer função de comando dentro dos lares e sem qualquer independência social ou econômica. Estas sociedades, muito patriarcais, eram centradas na figura no homem, que era o governante da família, deixando a mulher sem espaço para qualquer intervenção no ambiente familiar. Só cabia a elas ouvir e cumprir.

Na época medieval, o tratamento das mulheres seguiu desta maneira, já que os homens eram os grandes e poderosos detentores de terras, e às mulheres sobrava apenas a possibilidade de cuidar do ambiente doméstico e dos filhos.

Quando as sociedades burguesas começaram a se formar, isto representou um avanço para as mulheres, já que possibilitava, de certa forma, o alcance de uma independência, embora ainda muito tímida.

No período renascentista, o trabalho feminino continuou a ser depredado, e as mulheres que eram vistas trabalhando eram desvalorizadas, julgadas, recebendo remuneração inferior à dos homens (o que propiciava uma exploração enorme, através da grande contratação de mulheres a baixos salários). Além disso, por muitos e muitos anos, as mulheres não podiam frequentar universidades, enquanto os homens gozavam de tal privilégio, o que acentuava ainda mais as desigualdades.

Com o advento do capitalismo, as mulheres foram inseridas nos ambientes fabris, trabalhando em jornadas excessivas, muitas vezes até acompanhadas de suas crianças, por um valor irrisório, em condições desumanas e degradantes.

Todo este triste histórico da mulher no ambiente de trabalho se perpetua até hoje, em menor vazão. No entanto, são desigualdades que não podem ser toleradas, uma vez que são amplamente violadoras de princípios, direitos e garantias fundamentais, como: dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF); igualdade entre homens e mulheres (art. 5º, I, CF); liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações que a lei estabelecer (art. 5º, XIII, CF). Tudo isso gera um cenário desmotivador para a mulher, que muitas vezes acaba sofrendo com a falta de oportunidades, com situações de assédio sexual e moral no ambiente de trabalho, bem como demais consequências abordadas pelas convenções da OIT, como remuneração desigual, entre outras.

Todas estas questões serão trabalhadas neste artigo, através da utilização de pesquisas, análises legislativas, e interpretação de convenções e doutrinas. Passa-se, agora, à análise do primeiro ponto objeto da presente pesquisa.

1. DO DIREITO À LIBERDADE DE PROFISSÃO

No século XVII, também conhecido como século das luzes, com o advento da teoria constitucionalista moderna, a liberdade de escolha de profissão ou ofício já era considerada como vértice fundamental da autorrealização do indivíduo e condição essencial para a economia. Tal liberdade, pois, é vista com um duplice sentido: o livre exercício profissional é expressão clássica da liberdade humana, sem a qual inexistiria desenvolvimento da personalidade independente; e, ao mesmo tempo, garante uma ordem social e econômica livre das amarras do Estado (SARLET, 2019, p. 572).

Nesse sentido, o direito à liberdade de escolha do trabalho e a liberdade de exercício do ofício e profissão (SILVA, 2014, p. 259) surgiu em contramão à ordem econômica medieval (MARTINS, 2018, p. 618), onde imperava o privilégio de profissão em prol das corporações de ofício (FERREIRA, 2020, p. 264). Portanto, a liberdade de profissão é hoje vista como um desdobramento da liberdade geral, calcada no cerne do regime democrático. Não é à toa que a Constituição de 1988, documento este símbolo da derrocada do autoritarismo e que consagra tal liberdade dentre os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos no seu artigo 5º, inciso XIII.

Para Afonso Arinos (2019, p. 164), nas Constituições democráticas, muito embora a natureza e o conteúdo dos direitos individuais sejam voláteis, há sempre eixos em comum, dentre eles, a liberdade profissional. Por esse motivo, que a liberdade de profissão está consagrada no ordenamento jurídico brasileiro desde a Constituição Imperial de 1824. Inclusive, por perfazer um dos elementos do capitalismo (TAVARES, 2020, p. 517), tal liberdade foi mantida na Constituição de 1967, durante o período mais atroz da ditadura militar, instituída com a narrativa de livrar o país dos males socialistas. Quer dizer, embora a liberdade de profissão seja típica dos regimes democráticos, uma vez que elemento essencial da liberdade, no Brasil ela foi mantida mesmo em regimes que a mitigavam, pois constitui igualmente um dos cerne do capitalismo.

Nessa toada, fato é que liberdade de profissão constitui uma das mais importantes liberdades do rol de direitos fundamentais (SARLET, 2019, p. 571), pois está intimamente ligada com dois fundamentos da República: a dignidade da pessoa humana (VASCONCELOS, 2020, p. 227) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (TAVARES, 2020, p. 516). Esses princípios, por sua vez, abarcam a função negativa e positiva do âmbito de proteção da liberdade de profissão.

No seu aspecto negativo, o mandamento do artigo 5º, inciso XIII da CF, garante o direito à todo e qualquer cidadão de livremente escolher o seu trabalho, ofício ou profissão, sem qualquer ingerência por parte do Estado, ou seja, “o Poder Público não pode constranger a escolher e a exercer outro” (SILVA, 2014, 259), como o era com as corporações de ofício. Vale

dizer, é também o direito que têm os indivíduos de não exercer qualquer atividade, pois a Constituição veda qualquer hipótese de trabalho forçado ou escravo (SARLET, 2019, p. 576). Nesse sentido, o aspecto negativo da liberdade profissional equivale à um direito de resistência que o cidadão possui contra as arbitrariedades do Estado, conferindo ao indivíduo o direito de trabalhar no ofício que lhe agrada e tiver aptidão (FERREIRA, 2020, p. 264) ou, igualmente, de não fazê-lo. Nas palavras de Leonardo Martins (2018, p. 624), “ao Estado endereça-se uma obrigação de ‘não fazer’, isto é, por ele, uma intervenção estatal está *a priori* proibida”.

Destarte, no que tange ao aspecto positivo, há quem defenda que a liberdade de profissão é simples direito individual, sem qualquer conteúdo social, não se preocupando o Poder Público, portanto, com as condições materiais da sua efetividade (SILVA, 2014, p. 259). Noutro vértice, o que parece-nos a posição mais acertada, parte da doutrina, liderada por Ingo Sarlet, defende que a liberdade profissional “guarda relação com o direito ao trabalho e o direito à educação, no sentido de um direito à obtenção dos requisitos legais para o exercício profissional e de um direito de igualdade de condições no que diz com o acesso às profissões” (SARLET, 2019, p. 576).

Em outras palavras, não se está a afirmar que existe um direito subjetivo ao trabalho, no sentido que o Estado deve conferir a todo e qualquer cidadão interessado um emprego, ou, ao menos, uma possibilidade de trabalho, mas sim que o Poder Público deve assegurar, conforme preleciona o rol de direitos sociais do artigo 7º da Constituição, direitos prestacionais mínimos na esfera educacional e trabalhista, pois corolários ao direito de liberdade profissional. No mesmo sentido, deve o Estado promover ações para assegurar a igualdade material no acesso às profissões almejadas pelos indivíduos, mediante políticas públicas de ações afirmativas a determinadas categorias de pessoas, a exemplo das mulheres.

Como dito, o Estado democrático e o princípio da dignidade da pessoa humana são os alicerces fundantes da liberdade de profissão. Por esse motivo, que não se pode desconsiderar o direito ao trabalho, à educação e à igualdade como prestações positivas inerentes à liberdade profissional. Veja-se que a dignidade da pessoa humana impõe ao Estado tanto um dever de abstenção de determinadas condutas, como um dever prestacional com relação a outras, para justamente efetivá-la e protegê-la. Quer dizer, o Estado deve, verdadeiramente, assegurar condições para que a pessoa possa exercer plenamente essa “dignidade”, daí a observância das liberdades negativas (abstenção) como também das liberdades positivas (promoção), havendo a proteção e o reconhecimento do mesmo (Estado) para que todos possam alcançar o ideal de uma vida digna (GUERRA, 2008, p. 218).

Entretanto, mesmo que o direito à liberdade de profissão garanta aos indivíduos as resistências e prestações acima elencadas, assim como os demais direitos fundamentais, não

possui um caráter absoluto. Isso porque a liberdade profissional é norma de eficácia contida e, portanto, redutível (VASCONCELOS, 2020, p. 227).

Nesta seara, a Constituição “consente que a lei ordinária imponha qualificações profissionais”, com o propósito de salvaguardar o interesse público (FERREIRA, 2020, p. 264). Em outras palavras, em determinadas ocasiões, quando houver qualificações profissionais que a lei exigir, o direito de liberdade profissional pode ser restringido até que atendidas as capacidades especiais requeridas pela lei. No ponto, importante salientar que, nos termos do artigo 22, inciso XVI, da CF, somente lei federal poderá definir tais qualificações profissionais (SILVA, 2014, p. 260). Tratar-se-á no tópico seguinte do direito ao tratamento igualitário e da correlação disto com a dignidade da pessoa humana.

2. A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O DIREITO AO TRATAMENTO IGUALITÁRIO

A dignidade da pessoa humana, como dito no capítulo anterior, é um dos fundamentos da República e, dele, deriva o direito à liberdade de profissão, já que para ter uma vida digna, parte-se do princípio que os indivíduos devem se autorrealizar profissionalmente. Todavia, para que a liberdade profissional seja factível, é crível que o Estado garanta as mesmas igualdades de oportunidades aos cidadãos, especialmente entre homens e mulheres, pois, como se mostrará em capítulo próprio, apesar dos avanços nos últimos anos, a desigualdade ainda é subsistente.

O direito à igualdade e à liberdade são correlatos e são considerados indissociáveis, pelo menos desde a Revolução Francesa de 1789. É que o princípio da igualdade é um dos pressupostos para a uniformização da liberdade em benefício de todos os indivíduos de determinada sociedade (SARLET, 2019, p. 617), pois “dá à liberdade sentido material que não se harmoniza com o domínio de classe” (SILVA, 2014, p. 213), já que a liberdade material visa igualar as condições sociais (MORAES, 2020, p. 35), dentre elas o direito do trabalho.

Na ordem jurídica constitucional brasileira, a igualdade é vista tanto como um dos objetivos da República (art. 3º, incisos III e IV) como um direito e garantia fundamental dos indivíduos (art. 5º, caput e inciso I). Nesse sentido, esse direito possui uma concepção tripartite: proibição do arbítrio, proibição de discriminação e obrigação de tratamento diferenciado naquelas situações de disparidade, com vistas a atingir à igualdade (SARLET, 2019, p. 619).

A igualdade está consagrada em dois planos distintos: para o Poder Legislativo e Executivo, quando da elaboração das leis, medidas provisórias, decretos, atos normativos, a fim de evitar que se criem tratamentos diferenciados a indivíduos em idêntica situação e, noutro vértice, para o próprio Poder Judiciário, quando da aplicação das normas e princípios, com vistas

a aplicá-los de maneira igualitária, em casos idênticos, a todos aqueles que da jurisdição se socorrem (MORAES, 2020, p. 35).

Além disso, nos termos da jurisprudência dominante do STF (a título exemplificativo, são RE 201.819, RE 160.222, RE 161.243 e RE 175.161) em alguns casos específicos, após sobrepesar o direito fundamental com a autonomia da vontade, é possível que o direito à igualdade também tenha um efeito horizontal direto, ou seja, seja aplicável nas relações privadas. Entretanto, na grande maioria dos casos em que “o STF reconhece uma eficácia horizontal direta do direito fundamental à igualdade encontra-se [...] no campo do direito trabalhista que [...] tem sabidamente caráter *sui generis*, não comparável ao direito privado” (NETO, 2018, p. 454).

A par do princípio da igualdade *latu sensu* acima considerado, o constituinte originário, resumindo décadas das lutas das mulheres contra discriminações (SILVA, 2014, p. 219), destacou em um inciso específico (art. 5º, inciso I, CF), que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Nesta toada, calha ressaltar que o legislador não esculpiu mera isonomia formal, ou seja, igualdade perante a lei (SILVA, 2014, p. 219), porque isso o fez no *caput* do artigo 5º, mas igualdade em direitos e obrigações, o que “exterioriza a igualdade efetiva perante os bens da vida humana” (PEÑA, 2020, p. 204). Assim, onde houver tratamento desigual entre um homem e uma mulher, em situações idênticas, a princípio, haverá uma inconstitucionalidade.

O conteúdo do dispositivo, pois, revela inconcebível a discriminação de gênero (MORAES, 2020, p. 38), tendo por objeto o direito de resistência contra tratamentos diferenciados em situações idênticas em razão do sexo. Mesmo que homens e mulheres sejam fisiologicamente diferentes, tal distinção não pode ser utilizada como pretexto pelo Estado para legitimar tratamentos desiguais (MARTINS, 2018, p. 486), com exceção daqueles preconizados pela própria Constituição e em favor da mulher (SILVA, 2014, p. 220). Quer dizer, o próprio constituinte demonstra que, em razão da condição da mulher (TAVARES, 2020, p. 476), em determinadas hipóteses, admite-se o tratamento diferenciado para atenuar os desníveis (MORAES, 2020, p. 38), como acontece com a licença-gestante (art. 7º, XVIII), proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), prazo menor para obter a aposentadoria por tempo de serviço (art. 201) e isenção do serviço militar obrigatório em tempo de paz (art. 143, § 2º).

Disso, vê-se o porquê a eficácia horizontal é mais difundida nas relações jurídico-trabalhistas. É que, para a concretização dos direitos fundamentais, exige-se uma interpretação sistemática da Constituição, razão pela qual as disposições acima elencadas também vinculam os empregadores. Nesse sentido, é a lição de Leonardo Martins (2018, p. 487):

Tal locução torna todos os dispositivos relativos a direitos fundamentais relevantes para a concretização do direito à igualdade entre homens e mulheres. Assim, relevantes são, precipuamente, as disposições especiais do art. 7º, XVIII, XIX, XX e outras esparsas pelo

texto constitucional que garantem direitos fundamentais da mulher e do homem, vinculando terceiros a eles, no caso, os empregadores.

Dessa forma, o direito à igualdade de gênero, além de valer como um direito de resistência do cidadão contra as arbitrariedades do Estado, no campo do direito do trabalho, igualmente veda a discriminação perante os particulares (empregadores). Em outras palavras, qualquer distinção de gênero cometida pelo empregador, como o exemplo clássico da distinção de salário entre homens e mulheres que ocupam a mesma função, revela-se arbitrário e, portanto, inconstitucional. Portanto, não basta a garantia da liberdade de profissão, mas também se faz necessário que esta liberdade possa ser exercida em igualdade de condições entre homens e mulheres, garantindo, assim, o objetivo maior que é a dignidade da pessoa humana.

3. AS DIFERENCIAÇÕES E AS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA DESIGUALDADE DE GÊNERO

A desigualdade de gênero se trata de uma desigualdade de poder entre homens e mulheres. Esta desigualdade atinge diversos âmbitos: o social, o econômico, o político, o educacional, o cultural. Como consequência, as mulheres se veem desfavorecidas ou ausentes de certos espaços (como por exemplo, nos ambientes de trabalho) (REZENDE, 2020).

Todo esse cenário gera inúmeras consequências para a sociedade, já que, desde muito tempo, as mulheres eram relacionadas com um modelo cuidador, e os homens com um modelo provedor, ou seja, o mundo produtivo dizia respeito aos homens e o mundo reprodutivo dizia respeito às mulheres – o que acirrava e ainda acirra as desigualdades de gênero.

No entanto, novas configurações sociais passaram a surgir com o decorrer do tempo, permitindo que as mulheres também adentrassem no mundo produtivo, ou seja, no mundo do trabalho, da independência econômica e social, não eliminando, infelizmente, as desigualdades existentes entre homens e mulheres no ambiente laboral e nos demais âmbitos da sociedade (SOUSA, 2016).

Uma das primeiras desigualdades gritantes que apareceu quando a mulher começou a adentrar no mercado de trabalho foi a questão da não consideração dos afazeres domésticos como trabalho – perpetuando relações assimétricas e de poder entre os sexos (RAMOS, 2013). Nesse viés, ainda há uma enorme dificuldade de divisão de tarefas nos ambientes domésticos, para que as mulheres possam desempenhar outras funções fora de casa, o que gera a primeira e grande desigualdade enfrentada: a da divisão sexual do trabalho.

Outro problema enfrentado é, certamente, a falta de aceitação das mulheres no mercado de trabalho. Isto está enraizado, uma vez que reflete nos cargos ocupados, na maioria das vezes inferiores aos dos homens, na remuneração inferior à dos homens, e nas constantes situações

de assédio sexual e moral no ambiente de trabalho, como forma de chantagem para que as mulheres não percam seus empregos. Dados da Secretaria Especial de Previdência e Trabalho apontam que as diferenças nas médias salariais chegaram a R\$ 1.736,00 em 2019. Quanto aos cargos de liderança, diretoras e gerentes, ganham, em média, 23% a menos do que os homens. A diferença salarial em cargos como supervisor e coordenador é de 15%, e de analista é de 35%. Isto demonstra que a remuneração é desigual em todos os níveis, já que mulheres com pós-graduação, MBA ou especialização chegam a receber 47% a menos que os homens, enquanto aquelas que detêm apenas o ensino fundamental recebem 17% a menos que os homens (G1, 2020).

Segundo análises feitas pelo PNAD e pelo IBGE, entre trabalhadores com ensino superior, a diferença entre a remuneração de homens e mulheres chega a 38%. Elas também são as mais afetadas pelo desemprego, trabalham o dobro em casa, e se aposentam com benefícios menores (PEREIRA, 2020).

Todos estes dados convergem para o fato de que existem dificuldades expressivas enfrentadas pelas mulheres trabalhadoras, principalmente questões ligadas à preconceito, discriminação e estereótipos. Nesse viés, embora o trabalho ocupe, entre os direitos sociais previstos constitucionalmente, uma importante posição de relevância, ainda é preciso buscar a justiça social neste meio – especialmente no que tange o direito das mulheres (COLCERNIANI, 2015).

Algumas outras consequências enfrentadas pelas mulheres em razão de todo este cenário minado de preconceitos no ambiente laboral são as frequentes situações de assédio moral e sexual. O assédio sexual é compreendido como uma forma de discriminação sexual, que pode ter como objeto tanto homens quanto mulheres, tendo como fator principal a hierarquia funcional. Porém, discute-se: de acordo com dados do Observatório Social, no Brasil, de cada 10 cargos executivos nas grandes empresas, apenas 1 é ocupado por mulheres e, no nível de gerência, apenas dois cargos são das mulheres, enquanto 8 são dos homens – parece-nos evidente que isto é o combustível para a avassaladora realidade de assédios em que as mulheres são o grande público-alvo, superando os homens tanto em frequência quanto em gravidade (HIGA, p. 492, 2016).

Além disso, segundo o Relatório “Assédio Moral no trabalho, gênero, raça e poder”, publicado na Revista Brasileira de Saúde Ocupacional em 2018, as mulheres sofrem mais assédio moral do que os homens, e 65% das entrevistadas relataram atos repetidos de violência psicológica, contra 35% dos homens. No mais, a pesquisa também enfatizou que os danos causados à saúde do indivíduo que sofre assédio moral no ambiente de trabalho são segmentados pela Organização Mundial da Saúde (OMS), e estão definidos como

psicopatológicos (ansiedade), psicossomáticos (tonteira, gastrite, dor nas costas) e assintomáticos (vida privada, álcool, drogas e isolamento social) (JUSTIÇA DO TRABALHO – TRT DA 3ª REGIÃO, 2020).

Mas, afinal, qual a diferença entre assédio sexual e moral no ambiente de trabalho? O assédio moral consiste na repetição deliberada de gestos, palavras e/ou comportamentos que expõem a servidora/empregada, gerando situações humilhantes e constrangedoras, e sendo capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade e até mesmo à integridade psíquica ou física da vítima (SENADO FEDERAL, CARTILHA ASSÉDIO SEXUAL E MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO). Já o assédio sexual, “é o ato de constranger alguém, com o intuito de obter vantagem ou favorecimento sexual, prevalecendo-se o agente de sua condição de superior hierárquico ou ascendência inerentes ao exercício do emprego, cargo ou função” (Art. 216-A, Código Penal).

Importante salientar que o assédio moral pressupõe a repetição dos atos, a intencionalidade (com fim discriminatório), a direcionalidade (pessoa determinada) e a temporalidade. Já o assédio sexual deve ter como principal característica o “não consentimento” da pessoa assediada. Dados do Instituto Patrícia Galvão demonstram que as mulheres sofrem mais assédio moral e sexual no ambiente de trabalho do que os homens: “40% delas dizem que já foram xingadas ou já ouviram gritos no trabalho, contra 13% dos homens que vivenciaram a mesma situação. Dentre os trabalhadores que tiveram seu trabalho excessivamente supervisionado, 40% também são mulheres e 16% são homens”. Além disso, “76% das mulheres relatam já terem sofrido assédio, contra 68% dos homens” (VIEIRA, 2020).

Todos estes dados e pesquisas revelam uma triste realidade: a dificuldade da aceitação da mulher no mercado de trabalho, mesmo em pleno século XXI, e as consequências de todo este preconceito – que vão desde as diferenças salariais, até situações de assédio sexual e moral no ambiente de trabalho.

4. CONQUISTAS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS AO LONGO DO TEMPO EM PROL DOS DIREITOS DAS MULHERES

Sabe-se que a inserção das mulheres no mercado de trabalho foi e ainda é permeada de dificuldades. Tais dificuldades vão desde a jornada excessiva de trabalho (pois há muito trabalho doméstico a ser realizado em suas casas), bem como envolvem todo o estereótipo de preconceitos criado pela sociedade machista, gerando situações de desigualdades na remuneração, e também casos de assédio sexual e moral no ambiente de trabalho.

Para combater este cenário, diversos eventos a nível internacional e nacional foram necessários, visando, sempre, a proteção dos direitos humanos, abrangendo, inclusive, as mulheres. A Carta da ONU foi um dos importantes tratados internacionais que, promulgada em 1945, visava “preservar e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direito dos homens e das mulheres” (DECRETO Nº 19.841/1945 – CARTA DA ONU). Nesse sentido, pode-se observar que a Carta da ONU já fazia uma menção aos importantíssimos direitos fundamentais, à dignidade da pessoa humana, bem como o respeito à igualdade entre homens e mulheres.

Posteriormente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, do ano de 1948, trouxe, em seu art. 1º a disposição que “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”. Além disso, no art. 23 do mesmo texto, há a menção de que toda pessoa tem direito ao trabalho, à livre escolha do emprego, bem como tem direito a condições justas e favoráveis de trabalho. Na mesma seara, dispõe que toda pessoa, sem qualquer distinção, tem direito a igual remuneração por igual trabalho (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS DE 1948).

No mesmo viés veio o Decreto nº 31.643/1952, que promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher, assinado em Bogotá, em 2 de maio de 1948. Este texto de lei menciona, em seu art. 1º: “Os Estados Americanos convêm em outorgar à mulher os mesmos direitos civis de que goza o homem” (DECRETO Nº 31.643/1952).

A Organização Internacional do Trabalho também vem com a finalidade de dar uma série de orientações, e também ratificou várias Convenções a nível internacional, visando diminuir as desigualdades notórias que ainda existem em nossa sociedade.

A Convenção nº 100, que versa sobre a Igualdade de Remuneração de Homens e Mulheres Trabalhadores por Trabalho de Igual valor, foi aprovada na 34ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, e foi ratificada pelo Brasil em 25 de abril de 1957, entrando em vigência nacional no dia 25 de abril de 1958 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

Já a Convenção nº 103, que dispõe sobre o Amparo à Maternidade, foi aprovada na 35ª reunião da Conferência Internacional do Trabalho, em Genebra, no ano de 1952, entrando em vigor nacional em 18 de junho de 1966 (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO).

Em seguida, tivemos a Convenção nº 111, que faz menção à Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação. Esta convenção entrou em vigor nacional em 26 de novembro de 1966. Tivemos, ainda, a Convenção nº 156, que dispõe sobre a igualdade de oportunidades e de tratamento para homens e mulheres trabalhadores. Outra também foi a Convenção nº 171, que

trouxo disposições sobre o trabalho noturno, entrando em vigência nacional a partir de 18 de dezembro de 2003.

As notas recomendatórias da OIT também tem o caráter de orientar as famílias, no sentido de que tanto homens quanto mulheres precisam gerar renda com seu trabalho, para que possam satisfazer as necessidades de suas famílias. No entanto, deve-se estar atento à quantidade de trabalho não remunerado (doméstico) que as mulheres realizam, já que, muitas vezes, isto pode afetar a probabilidade e a qualidade de sua participação no mercado de trabalho (NOTA DA OIT – TRABALHO E FAMÍLIA 2).

Assim, as responsabilidades familiares, consistentes em cuidar dos filhos, da casa, devem ser divididas, uma vez que são responsabilidades que afetam particularmente as mulheres e que acabam por constituir uma grande barreira no ingresso no mercado de trabalho (NOTA DA OIT – TRABALHO E FAMÍLIA 2).

A OIT também considera que o equilíbrio entre o trabalho e as responsabilidades familiares constitui um grande desafio, já que uma das esferas é regida pelo público e outra pelo privado. Toda esta responsabilidade, segundo a própria Organização, acaba afetando muito as mulheres, porque estas sempre estão muito envolvidas com os cuidados familiares. Por isso, medidas para apoiar trabalhadoras com responsabilidades familiares são de suma importância, para que se possa promover a inserção das mulheres no mercado de trabalho, reduzir a pobreza, e atender às garantias constitucionais de dignidade da pessoa humana e do direito a ter um trabalho digno, decente (NOTA DA OIT – TRABALHO E FAMÍLIA 1).

Para que tudo isso seja alcançado, é preciso um trabalho conjunto, do Estado, com as empresas, de modo a garantir que os locais e condições de trabalho satisfaçam as necessidades das famílias e, também, garantam a competitividade entre as empresas.

Nesse viés, concluímos que os países e a legislação, a nível internacional e nacional, vêm buscando a evolução no que tange a igualdade de acesso ao trabalho entre homens e mulheres, igual remuneração para igual função exercida, e diminuição das consequências advindas das desigualdades de gênero (assédio sexual, moral, desigual distribuição do trabalhos domésticos). Ainda estamos muito longe da situação ideal mas, pelo menos, muito já evoluímos desde os primórdios, em que as mulheres sequer eram aceitas no ambiente de trabalho e eram apenas vistas como seres reprodutivos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebe-se que a ascensão da mulher no mercado de trabalho se deu de maneira difícil, muitas vezes impondo situações violadoras de seus direitos e garantias fundamentais, como o

direito de escolher livremente a profissão, a ausência de tratamento paritário, e a violação à dignidade da pessoa humana.

A par disso, embora a Constituição garanta a liberdade de profissão, bem como a igualdade entre homens e mulheres, são nas situações concretas que tais direitos encontram óbices para serem concretizados na sua plenitude. É que, mesmo com o avanço social das últimas décadas, as mulheres ainda se encontram em situação de desvantagem no mercado de trabalho quando comparadas com homens: muitas delas recebem salário inferior, ocupando as mesmas funções, e estão mais suscetíveis ao assédio sexual e moral no ambiente de trabalho. A diferença salarial pode chegar a mais de um salário-mínimo nacional e poucas delas atingem cargos de gerência ou cargos executivos em empresas.

Atenta a essa realidade, as quais não são situações vivenciadas somente no Brasil, a comunidade internacional e, especialmente, a Organização Internacional do Trabalho, têm emitido diversas notas recomendatórias para que se garanta o mínimo de dignidade às mulheres. Dentre essas notas, inclusive, está a necessidade de proporcionalidade entre o trabalho realizado pela mulher dentro e fora de casa, pois isso pode afetar a probabilidade e a qualidade de sua participação no mercado de trabalho, bem como a necessidade de divisão do trabalho doméstico.

É certo que muito evoluímos desde os primórdios, eis que agora a dignidade da mulher foi elevada ao patamar mais importante da legislação constitucional. No entanto, muito ainda temos de evoluir, especialmente através de um trabalho conjunto do Estado e das empresas brasileiras, grandes geradoras de empregos, que devem ser conscientizadas acerca da importância da adoção de tais medidas, para que a mulher possa, de fato, ser tratada com a dignidade e mérito que fazem jus.

REFERÊNCIAS

BARONI, A; CABRAL, F; CARVALHO, L. Uma análise da história da mulher na sociedade. *Direito Familiar*. Disponível em: <<https://direitofamiliar.com.br/uma-analise-da-historia-da-mulher-na-sociedade/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.

COLCERNIANI, C. B; D'AVILA NETO, M. I; CAVAS, C. de S. T. A participação das mulheres no mercado de trabalho sob a perspectiva da teoria da justiça social de Nancy Fraser e dos conceitos relativos ao trabalho decente. *Cad. psicol. soc. trab.* São Paulo, v. 18, n. 2, p. 169-180, 2015. Disponível em

<http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1516-37172015000200005&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 10 nov.2022.

DECRETO-LEI Nº 2.848/1940. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 10 nov. 2022.

DECRETO Nº 19.841/1945. Promulga a Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.

DECRETO Nº 31.643/1952. Promulga a Convenção Interamericana sobre a concessão dos direitos civis da mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1952/D31643.html>. Acesso em: 09 nov. 2022.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dhnet.org.br/direitos/deconu/textos/integra.htm>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

FERREIRA FILHO, M. G. *Curso de Direito Constitucional*. 41. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FRANCO, A. A. de M. *Curso de direito constitucional brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

GUERRA, S. *Direitos Humanos na Ordem Jurídica Internacional e Reflexos na Ordem Constitucional Brasileira*. Lumen Juris: São Paulo, 2008.

HIGA, Flávio da Costa. Assédio sexual no trabalho e discriminação de gênero: duas faces da mesma moeda?. *Revista Direito GV*, São Paulo, 2016, v. 12, n 2. Disponível em: <<https://www.scielo.br/pdf/rdgv/v12n2/1808-2432-rdgv-12-2-0484.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

JUSTIÇA DO TRABALHO. Mulheres sofrem mais assédio moral que homens, inclusive de outras mulheres. Disponível em: < <https://portal.trt3.jus.br/internet/conheca-o-trt/comunicacao/noticias-institucionais/mulheres-sofrem-mais-assedio-moral-que-homens-e-inclusive-de-outras-mulheres>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

MARTINS, L. In: CANOTILHO, J.J; MENDES, G. F; SARLET, I. W; STRECK, L. L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 483-499.

MARTINS, L. In: CANOTILHO, J.J; MENDES, G. F; SARLET, I. W; STRECK, L. L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 618-628.

MORAES, A. de. *Direito constitucional*. 36. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

NETO, C. P. S. Direito fundamental à igualdade. In: CANOTILHO, J.J; MENDES, G. F; SARLET, I. W; STRECK, L. L. (coord.) *Comentários à Constituição do Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 446-469.

NOTAS DA OIT. Trabalho e família 1. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229647.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022

NOTAS DA OIT. Trabalho e família 2. Disponível em: <https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/publication/wcms_229649.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2022

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenções Internacionais. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235325/lang--pt/index.htm>. Acesso em: 11 nov. 2022.

PEÑA DE MORAES, G. *Curso de direito constitucional*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

PEREIRA, T. Mulheres ganharam 22% menos do que os homens em 2019, aponta Dieese. *Rede Brasil Atual*, 08 mar. 2020. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/economia/2020/03/mulheres-diferenca-salarial-dieese/>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

PRONI, T. T. W; PRONI, M. W. Discriminação de gênero em grandes empresas no Brasil. *Rev. Estud. Fem.*, Florianópolis, v. 26, n. 1, e41780, 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2018000100212&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 11 nov. 2022.

RAMOS, G. S. Leitura feminista da história das mulheres no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, v.21, n.3, p.1232-5, dez. 2013.

REZENDE, M. Desigualdade de gênero. *Mundo Educação*. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/sociologia/desigualdade-de-genero.htm#:~:text=Consequ%C3%AAsncias%20da%20desigualdade%20de%20g%C3%AAnero%20na%20sociedade&text=No%20mundo%20do%20trabalho%2C%20as,do%20que%20os%20dos%20homens>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

SARLET, I. W; MITIDIETO, D; MARINONI, L. G. *Curso de direito constitucional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

SENADO FEDERAL. Cartilha Assédio Sexual e Moral no Ambiente de Trabalho. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/institucional/procuradoria/proc-publicacoes/cartilha-assedio-moral-e-sexual-no-trabalho>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

SILVA, J. A. *Curso de direito constitucional positivo*. 37 ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SOUSA, L; GUEDES, D. A desigual divisão sexual do trabalho: um olhar sobre a última década. *Estud. av.*, São Paulo, v. 30, n. 87, p. 123-139, Ago 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40142016000200123&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 nov. 2022.

TAVARES, A. R. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

VASCONCELOS, C. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2020.

VIEIRA, Bárbara. 40% das mulheres dizem que já foram xingadas ou ouviram gritos em ambiente de trabalho contra 13% dos homens, diz pesquisa. *G1*, São Paulo, 07 dez. 2020. Disponível em: <<https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2020/12/07/40percent-das-mulheres-dizem-que-ja-foram-xingadas-ou-ouviram-gritos-em-ambiente-de-trabalho-contr-13percent-dos-homens-diz-pesquisa.ghtml>>. Acesso em: 12 nov. 2022.

COTAS PARA TRAVESTIS E TRANSEXUAIS NOS PROGRAMAS DE PÓS-GRADUAÇÃO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PELOTAS

QUOTAS FOR TRANVESTITES AND TRANSGENDERS IN THE POSTGRADUATE PROGRAMS AT THE FEDERAL UNIVERSITY OF PELOTAS

Liz Fernanda Carrard de Lima
Mário Júnior Conceição Carvalho
Tainá Viana

RESUMO

Trata-se da importância da reserva de vagas para travestis e transexuais nos programas de pós-graduação das instituições públicas, a partir de uma análise bibliográfica e documental jurídica, sobre a exclusão das minorias em diversos níveis de ensino. Diante da relevância da Resolução nº 54, regramento instituído pelo Conselho Universitário da Universidade Federal de Pelotas, necessária se faz que seja analisada a forma que sujeitos historicamente excluídos passam a acessar ao ensino superior e obter a continuidade da sua formação acadêmica. Assim, pretende-se responder a seguinte pergunta: De que forma as cotas para travestis e transexuais nos programas de pós-graduação torna possível o seguimento dos estudos acadêmicos desse grupo específico? Pensa-se que a educação pode ser objeto de apropriação e emancipação. Contudo, ainda não é possível alcançar conclusões acerca do tema, mas se está a engatinhar em busca de respostas e soluções para (trans)formar os padrões institucionais.

PALAVRAS-CHAVES: Cotas; Educação; Transexuais; Travestis.

ABSTRACT

It deals with the importance of reserving vacancies for transvestites and transsexuals in postgraduate programs at public institutions, based on a bibliographical and legal documental analysis on the exclusion of minorities at different levels of education. In view of the relevance of Resolution No. 54, a regulation instituted by the University Council of the Federal University of Pelotas, it is necessary to analyze the way that historically excluded subjects come to access higher education and obtain the continuity of their academic training. Thus, it is intended to answer the following question: How do quotas for transvestites and transsexuals in postgraduate programs make it possible to follow up on academic studies of this specific group? It is thought that education can be the object of appropriation and emancipation. However, it is still not possible to reach conclusions on the subject, but we are crawling in search of answers and solutions to (trans)form institutional standards.

KEY-WORDS: Quotas; Education; Transsexuals; Transvestites.

INTRODUÇÃO

É de grande relevância e importância a implementação de reserva de vagas para travestis e transexuais no ensino superior brasileiro. No entanto, não apenas em nível de graduação, mas também nos programas de pós-graduação das instituições privadas e públicas.

Assim, a partir de uma análise bibliográfica e documental jurídica sobre o tema, é possível encontrar a Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021¹, instituída pelo Conselho Universitário (CONSUN) da Universidade Federal de Pelotas.

Esta resolução determina que pelo menos 5% das vagas oferecidas em processos seletivos para ingresso em cursos de pós-graduação serão reservadas para pessoas travestis e transexuais.

A partir disso, se faz necessário analisar a forma como os sujeitos historicamente excluídos passam a acessar o ensino superior e obter a continuidade da sua formação acadêmica.

Aqui se pretende rebater a ideia de igualdade de condições baseada em conceitos como o da meritocracia para o ingresso de grupos específicos no ensino superior, considerando estes argumentos como ferramentas para manutenção da dominação entre classes e grupos distintos. Assim, pretende-se responder a seguinte pergunta-problema: De que forma as cotas para travestis e transexuais nos programas de pós-graduação torna possível o seguimento dos estudos acadêmicos desse grupo específico?

No discorrer deste artigo pretende-se demonstrar que as políticas de ações afirmativas, como a reserva de vagas e as ações voltadas à permanência de travestis e transexuais nos cursos de pós-graduação tem potencial de gerar uma mudança, mesmo que lenta, no próprio perfil dos estudantes dos cursos de graduação e pós-graduação das instituições públicas.

Podendo, assim, também modificar o corpo docente dessas instituições. Pois, acredita-se que a educação, quando disponibilizada com qualidade, pode ser objeto de apropriação e emancipação.

Contudo, denota-se que ainda não há uma legislação federal que trate da reserva de vagas para travestis e transexuais nos cursos de pós-graduação do ensino público. Por isso, é importante analisar as instituições e a maneira administrativa que elas usam para implementar tais vagas em seus programas.

¹ UFPEL, Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021. Dispõe sobre a política de ações afirmativas para o ingresso e permanência de pessoas travestis e transexuais nos Programas de Pós-Graduação stricto sensu na UFPel. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/scs/files/2021/05/Res.-54-CONSUN.pdf>. Acesso em 5 de out. de 2022.

A questão de como se dá o acesso à educação e a continuidade no ensino superior, de travestis e transexuais, ensejou esta pesquisa e se buscou então traçar aportes históricos, sociais e estruturais, de forma breve, acerca da trajetória deste grupo de pessoas dentro do sistema educacional brasileiro, com o intuito de, quem sabe um dia, (trans)formar os padrões institucionais.

1. SELETIVIDADE NA EDUCAÇÃO: UMA BARREIRA A SER SUPERADA

Considerando que este trabalho pretende discutir a importância da reserva de vagas nos programas de pós-graduação das instituições públicas para travestis e transexuais, buscar-se-á trabalhar a seletividade na educação como uma barreira a ser superada a partir da relevância da Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021², regramento instituído pelo Conselho Universitário (CONSUN) da Universidade Federal de Pelotas, à qual destina 5% das suas vagas dos cursos de pós-graduação aos travestis e transexuais.

O direito à educação previsto como direito social no artigo 6º da Constituição Federal (CRFB)³ possui força de norma fundamental, portanto, tem aplicabilidade imediata. De acordo com Sousa, esse direito social pertence a um dever de todos e “visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (artigo 205) com padrão de qualidade (artigo 206, VII).”⁴

Diante dos objetivos exarados no artigo 205, pode-se concluir que a educação pretendida pela Constituinte de 1988 vai além do mero aspecto cognitivo. Trata de educar para ajudar na construção do pensamento, na busca e utilização do conhecimento. Ao trazer conceitos como o pleno desenvolvimento humano e a preparação para o exercício da cidadania, o texto constitucional ultrapassa o limite da simples transferência de conteúdos, indicando a necessidade de que a educação se coloque como ferramenta de transformação.⁵

Assim, a educação superior, seja em nível de graduação ou de pós-graduação, enquanto celeiro crítico e educacional, tem potencial para promover mudanças culturais e organizacionais,

² UFPEL, Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021. Dispõe sobre a política de ações afirmativas para o ingresso e permanência de pessoas travestis e transexuais nos Programas de Pós-Graduação stricto sensu na UFPel. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/scs/files/2021/05/Res.-54-CONSUN.pdf>. Acesso em 05 out. de 2022.

³ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidente da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 08 out. 2022.

⁴ SOUSA, Eliane Ferreira D. **Série IDP - Direito à Educação** - Requisito para o desenvolvimento do País, 1ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2012, p. 70.

⁵ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Direito à Educação, Princípio da Solidariedade e a Escola Inclusiva: Construindo uma Sociedade para Todos. **CONPEDI LAW REVIEW**. v. 1, n. 2. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3381>. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

através da disseminação de atitudes igualitárias e da formação de valores éticos de respeito e valorização às diversidades. Assumindo, dessa forma, a responsabilidade social das instituições de ensino superior, se deixando ser “permeável às demandas sociais, sobretudo àquelas oriundas de grupos sociais que não têm poder para as impor.”⁶

Deste modo, entende-se que a educação tem o potencial para formar sujeitos capazes de exercer a sua cidadania, conhecendo seus direitos e lhes propiciando uma vida digna.

É notável que a qualidade educacional no país permanece fortificando a elite nacional, no entanto, diversas políticas públicas vêm sendo implementadas, a fim de que sujeitos historicamente excluídos tenham acesso ao ensino e à continuidade da sua formação acadêmica.

Com isso, evidencia-se a busca pela igualdade de condições através das políticas de ingresso, uma vez que a ideia de meritocracia se mostra como prelúdio para manutenção da dominação entre classes e grupos distintos. Neste aspecto, Sousa⁷ pontua que há a construção de um discurso fortalecedor e emancipatório, no sentido de que a educação propicia uma conscientização crítica por parte dos sujeitos.

A importância da ocupação desses espaços, por esses grupos distintos, não se detém em ampliar a voz dos cidadãos excluídos, mas permite que estes estejam presentes em ambientes de pesquisa, de liderança, e que possam, ao final da sua formação, fixarem-se em espaços com pouca representatividade, como é o caso dos quadros de docentes nas instituições de ensino superior.⁸

Nessa linha, ao considerarmos o livro “Lugar de Fala”, de Djamila Ribeiro⁹, denota-se que o sujeito detentor do privilégio social, possui o privilégio epistêmico, tendo em vista que o perfil legitimado de ciência ainda ser o do homem branco.

Assim, para entender a elitização do ensino, é importante analisar o contexto histórico pelo qual o Brasil perpassou, para que, então, possam ser pensadas e executadas políticas públicas que visem à diminuição da dominação entre classes e incentivem a inclusão social.

⁶ SANTOS, Boaventura de Sousa. **A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova**. 2008. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/A%20Universidade%20no%20Século%20XXI.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2022.

⁷ SOUSA, Eliane Ferreira D. **Série IDP - Direito à Educação** - Requisito para o desenvolvimento do País.

⁸ FERNANDES, Claudia Monteiro. Desigualdades raciais e de gênero entre docentes de ensino superior no Brasil: um debate sobre descolonialidade e reconhecimento. **ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS**, v. 43, 2019, p.15.

⁹ RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Pólen Produção Editorial LTDA, 2019. Ebook Kindle.

Pois, sabe-se que o percurso da educação no Brasil ocorreu de maneira a favorecer as classes sociais economicamente favorecidas.

Para Souza¹⁰, isso vem ocorrendo de forma sistêmica e colonial desde à época do império, quando apenas o Colégio Dom Pedro II, localizado na cidade do Rio de Janeiro, era licenciado para emitir o certificado de conclusão do ensino médio. Com isso, resta evidente que se criou (e se perpetuou) um ambiente propagador das desigualdades, uma vez que para ingressar nos poucos cursos superiores existentes, fazia-se necessário o diploma do ensino médio.

Segundo Saviani¹¹, o desenvolvimento da sociedade brasileira no quesito urbano e industrial, na década de 60, impulsionou a discussão sobre o aumento das vagas nos cursos superiores, motivada pela mobilização de estudantes de classe média emergente, que objetivavam a possibilidade de obtenção de acesso ao ensino superior.

Conforme o autor, as universidades assumiram uma dimensão de ordem social e política. Entretanto, a discussão, de fato, em relação à inserção da pluralidade do perfil dos ingressantes no ensino superior se deu posteriormente, tendo maior visibilidade na década de 90, como veremos na seção seguinte.

Diante desses pontos, percebe-se que a luta para inclusão no ensino superior ocorreu pela classe que, futuramente, seria dominante: à burguesia. Contudo, as políticas públicas vigentes possuem o condão de democratizar o acesso ao ensino superior a diversas minorias, tendo como principal ferramenta, a adoção de reserva de vagas para ingresso nas instituições.

Sobre as cotas raciais, Almeida¹² define que o novo constitucionalismo as fundamenta por intermédio das ideias de justiça corretiva e justiça distributiva. Pode-se, ainda, incorporar às demais cotas sociais o condão de promover a justiça social em face à sociedade capitalista marcada pela presença da ideia de meritocracia e favorecimento das classes dominantes. Vejamos.

¹⁰ SOUZA, Everton Aparecido Moreira. **História da educação no Brasil: o elitismo e a exclusão no ensino**. Cadernos da Pedagogia, v. 12, n. 23, 2019, p. 16

¹¹ SAVIANI, Dermeval. A expansão do ensino superior no Brasil: mudanças e continuidades. **Póesis pedagógica**, v. 8, n. 2, p. 4-17, 2010, p. 08

¹² ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019, p.117.

2. SISTEMA DE COTAS PARA A GRADUAÇÃO EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS: COMO SE DÁ A IMPLEMENTAÇÃO DESSE DIREITO?

Algumas instituições, percebendo a demanda e o contexto social ao qual estão inseridas, precederam a lei de cotas e acabaram por implementar suas próprias políticas afirmativas para ingresso em seus cursos de graduação.

O pioneirismo ocorreu em 2003, na Universidade de Brasília (UnB), sendo essa a primeira instituição a regulamentar as cotas através de decisão administrativa adotada no âmbito do seu Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão (Cepe).

Para adotar tal posição, a UnB, utilizou-se da prerrogativa constitucional constante no artigo 207 da Constituição Federal de 1988¹³, que determina que as universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial¹⁴.

Assim, a universidade implementou a sua política de reserva de vagas em processos seletivos de ingresso de estudantes, adotando cotas raciais em seus cursos de graduação, a partir da reserva de 20% das suas vagas a estudantes negros.¹⁵

A discussão que culminou neste avanço decorreu de um ato racista ocorrido na instituição: o caso do primeiro estudante negro do curso de doutorado em Antropologia, em vinte anos de vigência do curso. O estudante que também foi o primeiro discente reprovado em uma disciplina obrigatória do curso.¹⁶

Após os recursos administrativos interpostos pelo discente serem sistematicamente indeferidos, acentuou-se o debate sobre o racismo e a escassez de ocupação de pessoas pretas na instituição.¹⁷

Posteriormente, no ano de 2012, a Lei 12.711 entrou em vigor, determinando que 50% das vagas nas instituições federais de ensino fossem reservadas a estudantes que cursaram integralmente o ensino médio em escola pública.

Além deste recorte, também foi exigido deste percentual, a reserva para autodeclarados pretos, pardos e indígenas; estudantes com renda *per capita* inferior a um salário mínimo e meio

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁴ SANTOS, Adilson Pereira. Itinerário das ações afirmativas no ensino superior público brasileiro: dos ecos de Durban à Lei das Cotas. **Revista de Ciências Humanas**, v. 8, n. 2, p. 289-317, 2012, p. 299.

¹⁵ BELCHIOR, Ernandes Barboza. Não deixando a cor passar em branco: o processo de implementação de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília. 2006.

¹⁶ BELCHIOR, Ernandes Barboza. Não deixando a cor passar em branco: o processo de implementação de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília. 2006.

¹⁷ BELCHIOR, Ernandes Barboza. Não deixando a cor passar em branco: o processo de implementação de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília. 2006.

e/ou pessoas com deficiência. Assim, o mencionado regramento, popularizado como “lei de cotas” possibilita novas oportunidades a grupos historicamente excluídos do ensino superior público.

O Relatório promovido pela Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior ANDIFES, comprova a importância da Lei de cotas:

No cruzamento entre a cor ou raça do (a) graduando (a) e sua faixa de ingresso na IFES, nota-se uma tendência de decréscimo da participação de brancos (as) e amarelos (as) ao longo dos anos e aumento de pardos (as) e pretos (as), com a exceção do ano de 2018, ano em que há uma sutil reversão desta tendência, explicada pelo fato da V Pesquisa ter sido realizada no primeiro semestre de 2018, quando apenas uma parte das vagas por cotas havia sido preenchida. Pretos (as) quilombolas praticamente dobraram sua proporção e indígenas aldeados (as) tiveram um aumento de 81,5% ao longo do período de ingresso, ainda que a participação relativa e em ambos os grupos seja bastante baixa no contingente estudantil.¹⁸

Independente de decisões autônomas, todas instituições federais de ensino, que ofertam cursos de graduação ou de ensino médio, devem respeitar o determinado pela legislação federal.

Este passo foi essencial para que todas as universidades públicas instituíssem reservas de vagas, retirando o caráter discricionário quanto à implementação dessas políticas públicas e sociais, o que possibilitou o fomento da busca por igualdade material na educação superior.

Estudos sobre o tema evidenciaram a mudança no perfil do ingressante nos cursos de graduação, o que possibilita, claramente, que a universidade se torne um local também pertencente às minorias^{19 20 21}.

Em que pese as políticas inclusivas estarem modificando o perfil do ingressante, ainda há muito o que ser trabalhado para que de fato essas vagas sejam devidamente ocupadas pelos sujeitos a que se destinam.

Com isso, não se pretende esgotar, neste espaço, todos os obstáculos enfrentados para a efetivação do direito social à educação aos menos favorecidos, mas sim apenas fomentar a discussão sobre o tema.

¹⁸ ANDIFES. **V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018**. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.ANDIFES.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Clique-aqui-para-acessar-o-arquivo-completo.-1.pdf>. Acesso em 12 out de 2022, p. 55.

¹⁹ BELCHIOR, Ernandes Barboza. Não deixando a cor passar em branco: o processo de implementação de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília.

²⁰ KLITZKE, Melina. Acesso ao ensino superior: análise do perfil dos ingressantes em cursos de prestígio da UFRJ. In: HERINGER, Rosana (org.). **Educação superior no Brasil contemporâneo: estudos sobre acesso, democratização e Desigualdades**. 1a. ed. Vol. 1 (e-book). 2018.

²¹ ANJOS, Priscila Meliane Leite dos. **Avaliação diagnóstica do acesso dos estudantes ao ensino superior: estudo de caso em universidade pública estadual**. Dissertação (Mestrado Profissional em Políticas Públicas e Gestão da Educação Superior) Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

Destaca-se que a permanência desse grupo específico também deve ser alvo de estudos e de políticas públicas, uma vez que o estudante em situação de vulnerabilidade carece, em diversos pontos, de subsídios para não evadir ou abandonar a sua formação.

Nessa linha, cumpre destacar que o direito à educação não trata apenas do acesso, mas também da permanência para uma formação de qualidade, consubstanciado a um processo educativo relevante para cada sujeito historicamente situado. Portanto, nas palavras de Eyng, “não se trata de direito à qualquer educação, mas a uma educação de qualidade, independente da origem social, econômica ou cultural”.²²

Para além da graduação, importante se faz a presença dos grupos vulneráveis na continuação da sua formação acadêmica, ocupando vagas nos programas de mestrado, doutorado e especializações ofertadas pelas instituições. Nesse sentido, Sousa ensina:

E como os atores sociais sabem da importância que o saber tem na sociedade, o direito à educação passa a ser politicamente exigido como uma arma não violenta de reivindicação e de participação política. Desse modo, o direito à educação se converte em instrumento de redução das desigualdades e das discriminações e possibilita uma aproximação pacífica entre os povos no mundo inteiro. Assim, a inclusão social tem forte ligação com a identidade social dos sujeitos-cidadãos construída de forma coletiva.²³

A pesquisa e extensão devem ser apropriadas por estes sujeitos, para que possam, de acordo com Ribeiro²⁴, trazer, dialogar e decolonizar saberes. Ainda, sabe-se que apenas uma pequena parcela da população brasileira possui formação em nível médio e superior. A partir disso, são ainda maiores os obstáculos à uma formação em nível de pós-graduação para os grupos costumeiramente excluídos e invisibilizados.

Nesse ponto, em relação às pessoas travestis e transexuais, Jesus²⁵ retrata que estes grupos são sistematicamente estigmatizados, postos às margens da sociedade e perseguidos em vários vieses.

Nesse ponto se faz importante apresentar, mesmo que de forma sucinta, a discussão do tema frente à categoria gênero. A utilização da categoria gênero, no lugar da categoria sexo, tem como primeiro objetivo se distanciar de qualquer imposição ou determinismo biológico que vise determinar um ideal sobre o que é “ser mulher” e “ser homem”.²⁶

²² EYNG, Ana Maria. Currículo e avaliação: duas faces da mesma moeda na garantia do direito à educação de qualidade social. Revista Diálogo Educacional, 2015, p. 141. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189137759007>. Acesso em: 25 de nov. de 2022.

²³ SOUSA, Eliane Ferreira D. **Série IDP - Direito à Educação** - Requisito para o desenvolvimento do País, p.73.

²⁴ RIBEIRO, Djamil. **Lugar de fala**.

²⁵ JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, v. 2, 2012, p.11

²⁶ GOMES, Camila de Magalhães. **Gênero como categoria de análise decolonial**. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 01, p. 65-82, jan.-abr., 2018.

Judith Butler²⁷ defende que a análise sob uma perspectiva binária de masculino e feminino limita o campo semântico de gênero, contribuindo, dessa forma, com a manutenção da naturalização que a noção de gênero pretende contestar.

Nessa linha:

Gênero não é exatamente o que alguém “é” nem é precisamente o que alguém “tem”. Gênero é o aparato pelo qual a produção e a normalização do masculino e do feminino se manifestam junto com as formas intersticiais, hormonais, cromossômicas, físicas e performativas que o gênero assume. Supor que gênero sempre e exclusivamente significa as matrizes “masculino” e “feminina” é perder de vista o ponto crítico de que essa produção coerente e binária é contingente, que ela teve um custo, e que as permutações de gênero que não se encaixam nesse binarismo são tanto parte do gênero quanto seu exemplo mais normativo.²⁸

Assim, o gênero pode ser tomado como categoria que permite colocar em questão os sujeitos “como sujeitos da cultura, como sujeitos sociais, como sujeitos históricos, como sujeitos políticos e como sujeitos de direitos.”²⁹

Como resultado dessas chamadas políticas de cotas, é possível que a mudança, embora lenta, no perfil do ingressante nos cursos de graduação e de pós-graduação das instituições públicas, poderá também modificar o corpo docente das instituições de ensino. Assim, a educação deve ser objeto de apropriação e emancipação.

Contudo, apesar dos avanços já alcançados, ainda não há uma legislação federal para reserva de vagas nos cursos de pós-graduação do ensino público. Por isso é importante que analisemos a adoção destas medidas de forma administrativa pelas instituições.

Vejamos a seguir um exemplo prático.

3. IMPLEMENTAÇÃO DAS COTAS PARA TRAVESTI E TRANSEXUAIS NA UFPEL: UM BREVE ESTUDO DE CASO

A Universidade Federal de Pelotas, assim como outras instituições, aprovou a reserva de um percentual de vagas às pessoas travestis e transexuais, no ingresso aos seus programas de pós-graduação *strictu sensu*.

²⁷ BUTLER, Judith. Regulações de gênero* * BUTLER, Judith. Gender Regulations. In: Butler, Judith. **Undoing Gender**. New York, London: Routledge, 2004, pp.40-56. Copyright (c) 2004 from Undoing Gender by Judith Butler/Routledge. Reproduzido com permissão de Taylor and Francis Group, LLC, divisão de Informa plc. Tradução: Cecília Holtemann. Revisão: Richard Miskolci. Cadernos Pagu [online]. 2014, n. 42. pp. 249-274. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400420249>. Acesso em: 23 de nov. de 2022.

²⁸ BUTLER, Judith. Regulações de gênero* * BUTLER, Judith. Gender Regulations. 2014, p. 253.

²⁹ GOMES, Camila de Magalhães. **Gênero como categoria de análise decolonial**. 2018, p. 66.

Tem-se que, atualmente, há aproximadamente 140 cursos³⁰, cujos processos de seleção devem ofertar no mínimo 5% das vagas a essas pessoas, conforme disposto no Art. 2º da Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021, conforme segue:

Art. 2º O número de vagas oferecidas em cada processo seletivo será fixado no edital, observando-se, em qualquer caso, que pelo menos 5% das vagas serão reservadas para pessoas travestis e transexuais, devendo haver, no mínimo, uma vaga reservada.³¹

No que tange ao método adotado pela UFPel para inscrição dos candidatos às vagas reservadas, a Resolução 54 de 2021 dispõe o seguinte:

Art. 4º As/Os candidatas/os travestis e transexuais deverão manifestar no ato da inscrição a concorrência às vagas dispostas pela presente Resolução ou àquelas regidas pela Resolução no 05/2017 CONSUN, uma vez que é vedada a concorrência simultânea às vagas de ação afirmativa.

Art. 5º As/os candidatas/os que se autodeclararem travestis e transexuais deverão fazê-lo em documento institucional específico e disponibilizado para a inscrição no processo seletivo, o qual será submetido ao Núcleo de Gênero e Diversidade da UFPel.

Como pode-se observar, a resolução prevê apenas a necessidade de autodeclaração, não exigindo formas de comprovação das informações prestadas e carecendo de maiores detalhes sobre por qual razão os documentos de autodeclaração deverão ser encaminhados ao referido Núcleo de Gênero e Diversidade.

Cumprido destaque, também, a ausência de proposições mais detalhadas no que se refere às ações necessárias à permanência nos programas de pós-graduação, uma vez que, como veremos a seguir, os artigos 6º e 7º da resolução 54/2021 apenas dispõe sobre a necessidade da adoção de medidas para tal fim:

Art. 6º As coordenações dos Programas de Pós-Graduação deverão planejar ações e atividades complementares que maximizem a possibilidade de permanência de discentes que ingressarem pelo sistema de acesso afirmativo, realizando um acompanhamento contínuo de todas as suas atividades no programa.

Art. 7º A administração central da Universidade Federal de Pelotas, por meio de suas Pró-Reitorias, deverá definir ações e atividades que maximizem a possibilidade de permanência de discentes que ingressarem pelo sistema de acesso afirmativo, em complementação àquelas implementadas pelos Programas de Pós-Graduação.

Considerando que uma educação de qualidade não é garantida apenas pelo acesso, dependendo, também, da disponibilidade de condições dignas de permanência, ainda há espaço para crescimento e aperfeiçoamento dessa medida de inclusão.

³⁰ Disponível em: <https://institucional.ufpel.edu.br/cursos>.

³¹ UFPel, Resolução nº 54, de 04 de maio de 2021. Dispõe sobre a política de ações afirmativas para o ingresso e permanência de pessoas travestis e transexuais nos Programas de Pós-Graduação stricto sensu na UFPel. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/scs/files/2021/05/Res.-54-CONSUN.pdf>. Acesso em 5 de out. de 2022.

A Resolução n. 54 de 2021, elenca diversos fatores que foram levados em consideração para adoção dessa política, uma vez que, como já mencionado, não há previsão legal específica que exija a reserva de vagas para pessoas travestis e transexuais nos programas de pós-graduação.

Dentre eles, está a Lei 10.558 de 13 de novembro de 2002³², que regulamenta a criação do Programa de Diversidade na Universidade, que tem como finalidade a promoção do acesso ao Ensino Superior por membros de grupos socialmente desfavorecidos, nos quais se incluem pessoas travestis e transexuais.

Também merece destaque o Perfil Socioeconômico dos Estudantes de Graduação das Universidades Federais, publicado pela ANDIFES em 2019, o qual apontou que a proporção de estudantes trans é da ordem de 0,2% no país e a de estudantes não identificados como cisgêneros, no Brasil, é de 11,6%”.³³

O relatório promovido pela ANDIFES, citado na resolução da UFPEL, aponta ainda o acúmulo de discentes universitários em áreas específicas, o que provavelmente acarreta em escassez de diversidade nos demais campos de conhecimento:

O cruzamento entre áreas de conhecimento dos cursos e identidade gênero dos (as) graduandos (as) contém resultados que confirmam estereótipos (Tabela 2-7). Entre os detalhes dignos de nota, temos que os (as) estudantes das áreas de Engenharias e de Ciências da Saúde são os que têm as maiores proporções (92,4% e 90,3% respectivamente) de discentes que se declararam identidade cis e seus colegas das Ciências Humanas e da Linguística, Letras e Artes têm menores proporções (83,3% e 82,5% respectivamente). As outras áreas estão mais próximas da proporção nacional de 88,2% de mulheres e homens cisgênero. O fato dessas carreiras estarem associadas a empregos com maior remuneração relativa pode ser um sinal de que desigualdades socioeconômicas estão correlacionadas com diferenças de gênero.³⁴

Assim, evidencia-se a importância da implantação de políticas afirmativas como a adotada pela UFPEl, a fim de democratizar o acesso ao ensino superior nos mais diversos cursos, possibilitando às pessoas travestis e transexuais a ocupação destes espaços.

Souza ensina que “o acesso efetivo à educação é o condicionante para o próprio e efetivo exercício dos demais direitos fundamentais eleitos pelo legislador constituinte”.³⁵ O autor ainda afirma, considerando o caráter social do direito à educação, que:

³² BRASIL, Lei 10.558 de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/10558.htm#:~:text=Lei%20No%2010.558%2C%20DE%2013%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202002.&text=Cria%20o%20Programa%20Diversidade%20na%20Universidade%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAsncias. Acesso em 03 de out. de 2022.

³³ ANDIFES. V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018, 2019. p. 46.

³⁴ ANDIFES. V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018, 2019. p. 46.

³⁵ SOUZA, Motauci Ciocchetti de. **Direito educacional**. São Paulo: Verbatim, 2010, p.11.

Sua democratização é o vetor primordial para que possa implementar-se o princípio da igualdade, consagrado pelo artigo 5º caput da Constituição, assim como para que seja observada a dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito em que se assenta a República Federativa do Brasil, consoante o disposto no artigo 1º, II, da Carta de Princípios.³⁶

A qualidade acadêmica está, assim, diretamente vinculada aos seus fins sociais e democráticos e, dessa forma, deve propiciar o acesso ao conhecimento e promover, de forma efetiva, a inclusão social, compondo os ideais de uma instituição inovadora que busque propiciar uma educação de qualidade³⁷.

Ademais, tem-se que a sociedade, como mencionado acima, ainda está enraizada nas vertentes excludentes e discriminatórias, advindas de um período colonial e patriarcal. Desse modo, pensar nos sujeitos (travestis e transexuais) que não se enquadram no padrão da elite dominante e universalizante (homem cis, hétero e branco) é pensar em como retirá-los das margens e inseri-los em ambientes historicamente excludentes.

Assim, busca-se medidas inclusivas que atendam às necessidades desses grupos específicos e que busquem escutar e ampliar as suas vozes há tanto subalternizadas. Um dos meios de reverberar estas vozes e de uma possibilitar a ocupação efetiva dos espaços que lhes são negados, é, sem dúvidas, a educação.

Para tanto, é necessário que as instituições de ensino reflitam solidariedade e tolerância. Considerando a diversidade como elemento basilar da educação, as instituições só estarão cumprindo seu papel através da aceitação e promoção das diferenças.³⁸

Na mesma linha, LOURO ensina que:

Currículos, normas, procedimentos de ensino, teorias, linguagem, materiais didáticos, processos de avaliação são, seguramente, loci das diferenças de gênero, sexualidade, etnia, classe — são constituídos por essas distinções e, ao mesmo tempo, seus produtores. Todas essas dimensões precisam, pois, ser colocadas em questão. É indispensável questionar não apenas o que ensinamos, mas o modo como ensinamos e que sentidos nossos/as alunos/as dão ao que aprendem.³⁹

É importante compreender que a educação não ocorre apenas de forma intencional, através de práticas educativas planejadas em instituições de ensino. Mas, também, de forma

³⁶ SOUZA, Motaury Ciocchetti de. **Direito educacional**, p.11.

³⁷ MORÉS, Andréia. A universidade e sua função social: os avanços da EAD e suas contribuições nos processos de ensino e aprendizagem. **Reflexão e Ação**, v. 25, n. 1, 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/8123>. Acesso em: 22 de out de 2022.

³⁸ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. **Direito à Educação, Princípio da Solidariedade e a Escola Inclusiva: Construindo uma Sociedade para Todos**. 2015.

³⁹ LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva**

pós-estruturalista. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2007, p.64.

não intencional, através influências do contexto social, trocas de conhecimentos, ideias, valores, dentre outras experiências cotidianas.

LIBÂNEO destaca que “Através da ação educativa o meio social exerce influências sobre os indivíduos e estes, ao assimilarem e recriarem essas influências, tornam-se capazes de estabelecer uma relação ativa e transformadora em relação ao meio social.”⁴⁰

Assim, ao ampliar as possibilidades de acesso e permanência, através de ações afirmativas como as previstas na Resolução n. 54 de 2021, a Universidade Federal de Pelotas proporciona um ambiente rico em possibilidades para ocorrência de práticas educativas não intencionais sobre gênero, sobre solidariedade e, principalmente, sobre respeito às diferenças.

Portanto, apesar das dificuldades que se apresentam, é através da educação que se pode observar uma pequena luz de revolução no fim do túnel de uma república (ainda) do café com leite.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir dos aportes apresentados, evidenciou-se que a ausência e/ou a dificuldade de acesso à educação, principalmente em nível superior, para os travestis e transexuais, é advinda de um contexto de vulnerabilidade e discriminações.

Também foi possível denotar que essas dificuldades foram constituídas e enraizadas em nossa sociedade, e proliferadas pelo Estado, há muitos anos, refletindo ainda em nossa realidade atual.

Ao se questionar sobre de que forma as cotas para travestis e transexuais nos programas de pós-graduação torna possível o seguimento dos estudos acadêmicos por esse grupo específico, busca-se trabalhar com um ideal de educação como objeto de apropriação e emancipação do conhecimento.

Dessa forma, demonstrou-se que, ao longo do tempo, houveram alguns avanços formais significativos, principalmente no tocante à Lei de Cotas (Lei 12.711/2012) e a Resolução nº 54, de 04 de maio de 2022, que, ao menos, deram um pontapé inicial na temática de acesso à educação como um direito social a ser efetivado também para pessoas transexuais e travestis.

Contudo, acredita-se que ainda não é possível alcançar muitas conclusões acerca do tema, considerando o pouco tempo de vigência da resolução estudada, mas destaca-se a importância de tecer essas considerações para que se possa engatinhar em busca de soluções,

⁴⁰ LIBÂNEO, José Carlos. **DIDÁTICA**. São Paulo: Cortez Editora. 2006, p.17.

tais como a questão da permanência desse grupo no ensino superior, para, assim, ser possível (trans)formar os padrões institucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio. **Racismo estrutural**. Pólen Produção Editorial LTDA, 2019.

ANDIFES. V Pesquisa Nacional de Perfil Socioeconômico e Cultural dos (as) Graduandos (as) das IFES – 2018. Brasília, 2019. Disponível em: <https://www.ANDIFES.org.br/wp-content/uploads/2021/07/Clique-aqui-para-acessar-o-arquivo-completo.-1.pdf>. Acesso em 12 out de 2022.

ANJOS, Priscila Meliane Leite dos. Avaliação diagnóstica do acesso dos estudantes ao ensino superior: estudo de caso em universidade pública estadual. Orientador: Alberto Sampaio Lima. 2020. 82 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Gestão da Educação Superior) - Mestrado Profissional em Políticas Públicas e Gestão da Educação Superior, Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-graduação, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2020.

BELCHIOR, Ernandes Barboza. **Não deixando a cor passar em branco**: o processo de implementação de cotas para estudantes negros na Universidade de Brasília. 2006.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

Brasil. Lei Nº 10.558, de 13 de novembro de 2002. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências.

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, 2012.

BRASIL, **Lei 10.558 de 13 de novembro de 2002**. Cria o Programa Diversidade na Universidade, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10558.htm#:~:text=LEI%20No%2010.558%2C%20DE%2013%20DE%20NOVEMBRO%20DE%202002.&text=Cria%20o%20Programa%20Diversidade%20na%20Universidade%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%Aancias. Acesso em 03 de out. de 2022.

BUTLER, Judith. Regulações de gênero* * BUTLER, Judith. Gender Regulations. In: Butler, Judith. Undoing Gender. New York, London: Routledge, 2004, pp.40-56. Copyright (c) 2004 from Undoing Gender by Judith Butler/Routledge. Reproduzido com permissão de Taylor and Francis Group, LLC, divisão de Informa plc. Tradução: Cecilia Holtemann. Revisão: Richard

Miskolci. Cadernos Pagu [online]. 2014, n. 42. pp. 249-274. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0104-8333201400420249>. Acesso em: 23 de nov. de 2022.

EYNG, Ana Maria. Currículo e avaliação: duas faces da mesma moeda na garantia do direito à educação de qualidade social. Revista Diálogo Educacional, 2015. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=189137759007>. Acesso em: 25 de nov. de 2022.

FERNANDES, Claudia Monteiro. Desigualdades raciais e de gênero entre docentes de ensino superior no Brasil: um debate sobre descolonialidade e reconhecimento. **ENCONTRO ANUAL DA ASSOCIAÇÃO NACIONAL DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISA EM CIÊNCIAS SOCIAIS**, v. 43, 2019.

GOMES, Camila de Magalhães. **Gênero como categoria de análise decolonial**. Civitas, Porto Alegre, v. 18, n. 01, p. 65-82, jan.-abr., 2018

JESUS, Jaqueline Gomes. Orientações sobre identidade de gênero: conceitos e termos. **Guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião**, v. 2, p. 42, 2012.

KLITZKE, Melina. Acesso ao ensino superior: análise do perfil dos ingressantes em cursos de prestígio da UFRJ. In: HERINGER, Rosana (org.). **Educação superior no Brasil contemporâneo: estudos sobre acesso, democratização e Desigualdades**. 1a. ed. Vol. 1 (e-book).

Rio de Janeiro: Faculdade de Educação da UFRJ, 2018. p. 148-177. Disponível em: http://anpocs.com/images/stories/Geral/CSBrasil_mundo/destaques/Cadernos-LEPES-1.pdf. Acesso em 23 de outubro de 2022.

LIBÂNEO, José Carlos. **DIDÁTICA**. São Paulo: Cortez Editora. 2006

LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. 9 ed. Petrópolis: Vozes, 2007

MORÉS, Andréia. A universidade e sua função social: os avanços da EAD e suas contribuições nos processos de ensino e aprendizagem. **Reflexão e Ação**, v. 25, n. 1, p. 141-159, 2 jan. 2017. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/reflex/article/view/8123>. Acesso em: 22 de outubro de 2022.

RIBEIRO, Djamila. **Lugar de fala**. São Paulo: Pólen Produção Editorial LTDA, 2019. Ebook Kindle.

SANTOS, Adilson Pereira. Itinerário das ações afirmativas no ensino superior público brasileiro: dos ecos de Durban à Lei das Cotas. **Revista de Ciências Humanas**, v. 8, n. 2, p. 289-317, 2012.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A Universidade no Século XXI: Para uma Universidade Nova. 2008. Disponível em: <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/A%20Universidade%20no%20Seculo%20XXI.pdf>. Acesso em: 28 de out. de 2022.

SAVIANI, Dermeval. A expansão do ensino superior no Brasil: mudanças e continuidades. **Póiesis pedagógica**, v. 8, n. 2, p. 4-17, 2010.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca; KIEFER, Sandra Filomena Wagner. Direito à Educação, Princípio da Solidariedade e a Escola Inclusiva: Construindo uma Sociedade para Todos. **CONPEDI LAW REVIEW**. v. 1, n. 2. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/conpedireview/article/view/3381>. Acesso em: 20 de nov. de 2022.

SOUSA, Eliane Ferreira D. **Série IDP - Direito à Educação** - Requisito para o desenvolvimento do País, 1ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2012.

SOUZA, MotauciCiocchetti de. **Direito educacional**. São Paulo: Verbatim, 2010.

SOUZA, Everton Aparecido Moreira. História da educação no Brasil: o elitismo e a exclusão no ensino. **Cadernos da Pedagogia**, v. 12, n. 23, 2019.

UFPEL, **Resolução Nº 54, de 04 de maio de 2021**. Disponível em: <https://wp.ufpel.edu.br/scs/files/2021/05/Res.-54-CONSUN.pdf>. Acesso em 22 de out. de 2022.

VENTURINI, Anna Carolina; FERES JÚNIOR, João. Política de ação afirmativa na pós-graduação: o caso das universidades públicas. **Cadernos de Pesquisa**, v. 50, p. 882-909, 2020.

O ABORTO, SUA DESCRIMINILIZAÇÃO E O DIREITO PENAL: A EFETIVIDADE DA NORMA PENAL RELACIONADA A POLÍTICA CRIMINAL E O FUTURO DO DIREITO PENAL

Ana Raquel Pantaleão da Silva¹

RESUMO

O presente artigo tem o objetivo de discutir a descriminalização do aborto, abrangendo tópicos associados ao direito penal como política criminal e a ideia de como isso impacta de forma expressiva o futuro do direito penal, mais especificamente, no Brasil. A discussão se dá por análise de textos jurídicos-princípios e normas, juntamente com relatos e dados na busca de se analisar a efetividade da norma penal que criminaliza o aborto, assim como enfatizar a relação do direito penal e a política criminal pelo viés da descriminalização do aborto. Considera-se por fim que o futuro do direito penal necessita da humanização e modernização que a descriminalização do aborto traz, além de beneficiar positivamente a sociedade. A descriminalização do aborto é fundamental para o futuro do direito penal, sendo esse mais incluso, humanitário e modernizado, o que possibilita que o direito em si acompanhe de forma mais efetiva a sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Política Criminal. Descriminalização. Aborto. Efetividade da Norma Penal. Futuro do Direito Penal.

INTRODUÇÃO

Este artigo tem por objetivo discutir a criminalização do aborto pela norma penal tipificada no Brasil, juntamente com a política criminal envolvida na criminalização pelo Estado e o que o tema implica no futuro do direito penal. A descriminalização do aborto é muito debatida no Brasil no momento atual por diversas razões, porém a razão diretamente relacionada com o direito penal é sua estreita conexão com a política criminal e necessidade de descriminalização da conduta descrita na norma penal. Primeiramente, se faz necessário definir os conceitos trabalhados no artigo, iniciando-se pelo crime do aborto.

Como é conhecido, o crime do aborto está tipificado pelo legislador brasileiro no artigo 124 do Código Penal, “Provocar aborto em si mesma ou consentir que outrem lho provoque”. A definição de aborto é concedida pela Organização Mundial da Saúde como a interrupção da gravidez antes das 22 semanas de gestação. Desse modo, a norma penal, juntamente com o

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo, turno matutino, quarto semestre, 2022. Currículo lattes: <http://lattes.cnpq.br/6549374377590942>

artigo quinto da Constituição Federal, protege o feto sendo gestado, penalizando a gestante que não deseja, por diversos motivos pessoas, quaisquer que sejam estes, a gravidez. Porém, ao adotar a teoria concepcionista e natalista, a primeira que dita que o não nascido possui seus direitos ainda no ventre materno e a natalista afirma que o nascituro não é uma pessoa, porém tem sua expectativa de direito resguardada pela lei, a norma penal brasileira coloca em risco o direito a saúde da mulher, pois abortos ainda ocorrem de forma clandestina e perigosa, e também o seu direito individual de liberdade de escolha, resguardado pelo caput do artigo quinto da constituição, “ (...), garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, (...)”.

Na sequência, define-se no artigo o conceito de política criminal. Essa consiste no conjunto de princípios e regras através dos quais o Estado promove a luta de prevenção e repressão das infrações penais. Transforma a teorização da criminologia em opções e estratégias de controle da criminalidade a serem utilizadas pelo Estado. Preocupações com eventuais efeitos criminógenos da própria lei penal também passam a ser objeto da Política Criminal, criando estratégias como movimentos de descriminalização. Dessa forma, a política criminal atua de forma conjunta ao direito penal para beneficiar a sociedade. Em consequente, a descriminalização do aborto possibilitada pela política criminal leva a um futuro mais promissor do direito penal.

1. ABORTO E A NORMA PENAL

Como fora estabelecido anteriormente na introdução, o aborto é punido no Brasil pelo artigo 124 do código penal de 1940. Há somente três formas de aborto legal passíveis de execução no Brasil, essas estão descritas no artigo 124, com a decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF 54 de 2012 que não se considera típico aborto de feto anencefálico, e também nos incisos I e II do artigo 128, onde se afirma que o aborto necessário, para salvar a vida da gestante, e o aborto no caso de gravidez decorrente de estupro, também conhecido como aborto sentimental, não são condutas típicas. Desse modo, a tipicidade, caracterizada como o encaixe perfeito da conduta no mundo externo com a prevista pelo legislador e elemento essencial da formalização e materialidade, ou seja, a existência de um crime, faz com que nesses casos não exista crime, porém quando a gestante não adere a esses artigos previstos pelo legislador e faz uma interrupção da gravidez é passível de ser punida com uma pena de detenção de uma a três anos.

Também, o aborto envolve um dos principais princípios do direito brasileiro, o direito a vida, o principio mais importante do Estado Democrático de Direito brasileiro, como é afirmado pelo doutrinador de direito penal César Bittencourt, “(...) no art. 1º, III, da Constituição, encontramos a declaração da dignidade da pessoa humana como fundamento sobre o qual se

erige o Estado Democrático de Direito, o que representa o inequívoco reconhecimento de todo indivíduo pelo nosso ordenamento jurídico, como sujeito autônomo, capaz de autodeterminação e passível de ser responsabilizado pelos seus próprios atos”.¹ Esse princípio é definido como base da constituição federal, a maior legislação do direito brasileiro, hierarquicamente superior ao código penal. Assim, o direito penal deve aderir esse princípio como sua base na formação de leis penais. Ao considera-lo, leis penais não podem infringir a saúde e qualidade de vida dos cidadãos que as leis irão motivar. Porém, ao considerar a dignidade humana de um feto na lei, se entra em conflito direto com a dignidade da gestante, pois ao força-la a seguir com uma gravidez indesejada se entra em conflito direito com seu direito a liberdade e escolha, consequentemente a sua dignidade como pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana, também conhecido como princípio da humanidade, afirma que “(...) seja reinterpretado o que se pretende com “reeducação e reinserção social”, uma vez que se forem determinados coativamente implicarão atentado contra a pessoa como ser social”.² Dessa forma, a pena deve ser pensada não somente como uma simples punição, mas também como uma maneira de reestruturação do praticante de delitos para que ele possa ser reinserido na sociedade de forma que a melhore. Porém, no crime de aborto não se faz possível uma reeducação da mulher criminosa, pois a punição trabalha para danar a sua integridade psicológica, ao acrescentar um evento traumático como a prisão a outro evento traumático que é a interrupção da gravidez, fazendo com que a conduta tipificada como delito atente a sua dignidade. Também, a Constituição Federal dita, em seu artigo 3º, inciso I, que a sociedade brasileira deve ser livre. Dessa maneira, a liberdade individual de escolha que a mulher tem está sendo infligida a não proporcionar a ela a própria escolha de fazer a interrupção da sua gravidez, além de puni-la penalmente em razão disso. Assim, o direito penal e a política criminal, tema que será retomado em próxima seção nesse artigo, em vez de proteger o direito a vida da mulher colocam essa em risco.

Além disso, o princípio da adequação social, também princípio do direito penal, se relaciona diretamente com a questão da descriminalização do aborto. O princípio da adequação social é relacionado com a tipicidade material, essa que afirma para que haja tipicidade, ou seja, exista delito, um bem protegido pelo direito penal deve ser ofendido. Um dos princípios da tipicidade material é a adequação social. A adequação social afirma que a conduta será considerada atípica, ou seja, não existirá delito, se essa é aceita pela sociedade. Assim, uma conduta que passa a ser aceita na sociedade não é mais considerada crime, pois como a tipicidade material não é atingida, mesmo que a conduta se encaixe formalmente, tipicidade formal (conduta descrita pelo legislador é perfeitamente igual à conduta do mundo externo), o requisito tipicidade não é cumprido, não havendo presença de delito. O aborto voluntário já é aceito por grande parte da sociedade brasileira e da América Latina, sendo que países

semelhantes ao Brasil como Argentina e Colômbia já descriminalizaram o aborto voluntário. Dessa forma, se faz necessário que a norma penal se ajuste à situação atual de não mais penalização da mulher por conta de escolhas pessoais, escolhas essas protegidas pela Constituição federal em seu artigo primeiro, ao proporcionar que os cidadãos brasileiros sejam livres para fazerem as suas escolhas.

Por fim, além de a norma ser socialmente relevante, ela deve ser capaz de motivar a população a não executar condutas descritas pelo legislador, ou seja, a norma deve ser efetiva. Porém, para uma norma ter efetividade ela deve evitar que a conduta delituosa seja materializada no mundo externo, o que não ocorre. A prática da interrupção da gravidez ocorre clandestinamente em altos números em várias regiões no Brasil, dados serão apresentados em futura seção do artigo, fazendo com que mulheres recorram a lugares insalubres para realizarem um aborto. As clínicas clandestinas na maioria das vezes não possuem a higienização correta para realizarem o aborto, ocasionando em problemas de saúde as mulheres e em muitos casos a morte. Dessa forma, a lei que deveria fazer com que as pessoas não executassem a conduta delituosa acaba por levar a morte mulheres, retirando até a possibilidade de penaliza-las. Mulheres que se encontram em situações de desespero não são capazes de serem motivadas pela lei a não cometer o delito de aborto, e os donos das clínicas clandestinas se privilegiam monetariamente ao terem a possibilidade de exigir qualquer valor sobre o procedimento de interrupção da gravidez, ganhando sobre a proibição que a lei impõe.

2. A QUESTÃO DO ABORTO

Na sequência da seção, define-se aborto, aborda-se a história das discussões sobre o tema, dados e os países da América Latina em que o aborto voluntário é legalizado com o objetivo de contextualizar a discussão na sociedade atual e buscar na analogia decorrente das semelhanças entre os países uma descriminalização possível e efetiva.

Aborto, ou a interrupção da gravidez, é um procedimento em que se dá um fim a uma gravidez. Clínicas oferecem a escolha entre o aborto medicado, mais conhecido como pílula abortiva, e o aborto por aspiração, ou aborto cirúrgico. O aborto medicado é feito pelo uso de uma pílula que pode ser engolida ou colocada no colo do útero da mulher. O procedimento é feito no começo da gestação ou até as 10-12 semanas. Após a primeira pílula, uma segunda deve ser tomada que resultará no útero ceder, sangrar e esvaziar durante algumas horas. A mulher poderá sofrer dores e cólicas durante o procedimento, que duram de acordo com o semestre de gravidez.

O outro método de aborto é o por aspiração. Esse é um procedimento que remove o conteúdo do útero e deve ser feito em uma clínica ou hospital. Está disponível desde a sexta

semana até a aproximadamente a décima sexta. O aborto por aspiração não é um procedimento demorado, concluído em poucas horas, feito por um médico em uma paciente sobre efeitos de anestésicos. É mais invasivo que o aborto medicado, porém é mais rápido e em vezes mais eficaz que o medicado.³

2.1 A História da Discussão em Torno do Aborto

A discussão do aborto voluntário surgiu em meados dos anos 70 nos Estados Unidos na segunda onda do feminismo. O marco inicial da segunda onda é o livro “Mística Feminista” de Betty Friedan em 1963. Na segunda onda se discute a as desigualdades sociais, culturais e políticas, o movimento de liberação feminina e principalmente o início do feminismo interseccional e a importância da escolha da mulher. Betty Friedan rebate o sentimento da época que ditava que a felicidade da mulher deveria ser encontrada somente com a maternidade.⁴

Na segunda onda, uma das autoras feministas mais importantes é Gloria Steinem. Uma das feministas mais influentes dos anos 70 introduziu à da sociedade a questão do aborto ao divulgar publicamente que havia feito um procedimento de interrupção da gravidez. Steinem é jornalista e criou a revista feminista “Ms.”, que na atualidade existe no site msmagazine.com, tratando de temas intrínsecos ao feminismo. Defendeu o aborto, como em matéria desta revista onde reuniu mulheres que haviam recorrido ao aborto para mostrar que o tal não era algo monstruoso. Gloria relatou sua experiência de aborto em seu livro “**Minha Vida na Estrada**”, dessa maneira criando espaços de diálogo que possibilitaram o aumento da discussão da questão do aborto voluntário até a descriminalização do mesmo em diversos países nas décadas subsequentes.

No Brasil, discussões do tema do aborto voluntário surgiram de maneira mais expressiva com a redemocratização que ocorreu por conta do movimento Diretas Já em 1983, que buscava direitos como ao voto, direito esse que havia sido negado à população desde 1964 com o início do regime militar. O movimento culminou na queda do regime e instauração de uma democracia em 1988, juntamente com uma nova constituição federal. Desse modo, houve uma ampliação nos debates que discutiam questões femininas, inclusive sobre a interrupção voluntária da gravidez.⁵ Após a Constituição, foram apresentados projetos de lei com o objetivo de ampliar os casos em que a interrupção seria possível ou de descriminalizar o aborto, demonstrando uma mudança exponencial da mentalidade de proibição do aborto, tornando o tema mais debatido e mais aceito. Assim, com um debate mais amplo há uma tendência a prática da interrupção da gravidez por vontade da mulher ser aceita na sociedade brasileira, essa que por grande parte já aceita a prática como possível. Por fim, baseando-se no princípio da adequação social, essa conduta possa ser considerada atípica e, futuramente, descriminalizada.

2.2 Inclusão nas pautas feministas, influência de Classe e Dados

Na atualidade, com o advento da quarta onda do feminismo, o crescimento das mídias faz com que os debates sobre questões femininas cheguem a um maior número de pessoas ⁶, ocasionando em uma maior aceitação do procedimento de interrupção da gravidez, também em decorrência da liberdade sexual ser impulsionada pela cultura liberal e igualitária que o feminismo da quarta onda propõem. Por conta de essa onda ser a mais inclusiva, com o feminismo interseccional (abrange raças, sexualidades e estilos de vida), a questão do aborto ganhou força, juntamente com discussões acerca de quais mulheres que fazem esse procedimento com base em suas classes.

Geralmente, mulheres com um poder aquisitivo maior fazem o procedimento de aborto em outros países com clínicas especializadas que possibilitam maior conforto e menor risco de exposição a agentes que podem causar infecções. Porém, mulheres mais pobres, muitas vezes negras, não possuem essa opção. Essas acabam por fazer um aborto inseguro em clínicas clandestinas no Brasil não higiênicas, o que pode ocasionar em grande risco de doença e até a morte dessas mulheres. Também, são mulheres de classe baixa que usam remédios caseiros-esses tem maior probabilidade de causar uma reação na mulher por não saberem como utilizá-los.

Desse modo, é imprescindível a descriminalização do aborto no Brasil. Além de ser um problema de saúde pública, pois não se conhece o verdadeiro número de mulheres que abortam, nem as que morrem por conta disso, por uma falta de registro decorrente da sua proibição, é um problema de afronta à liberdade de escolha da mulher. De acordo com dados do Ministério Público divulgados em 2018, uma mulher morre a cada dois dias por aborto inseguro. Também, na Pesquisa Nacional do Aborto em 2016 (PNA 2016), é demonstrado que das 2.002 mulheres alfabetizadas entre 18 e 39 anos entrevistadas pela PNA 2016, 13% (251) já fez ao menos um aborto. A pesquisa também afirma que aproximadamente 500 mil abortos ilegais são feitos no Brasil. ⁷ Assim, um expressivo número de mulheres está exposto aos riscos que um aborto clandestino oferece. Isso se relaciona diretamente com tema presente na seção anterior do artigo, a efetividade da norma. A norma penal contida no artigo 124 do Código Penal não é capaz de motivar a população a agir de acordo com a lei, desse modo ela se torna quase que ineficaz, perdendo sua utilidade.

2.3 A Descriminalização em Países Da América Latina Semelhantes ao Brasil

No final desta seção, apontam-se os países da América Latina com semelhanças econômicas e culturais ao Brasil com o objetivo de comprovar a sustentabilidade econômica de

uma interrupção da gravidez custeada pelo estado, juntamente com a viabilidade legal da realização de uma descriminalização no país.

Primeiramente, se discorre sobre a Argentina, país vizinho ao Brasil, que recentemente descriminalizou o aborto. O senado argentino aprovou no dia 30 de dezembro de 2020 o projeto de lei que descriminaliza o aborto até as primeiras 14 semanas de gravidez. Anteriormente, a Argentina era similar legalmente ao Brasil a possibilitar apenas dois casos de interrupção da gravidez- em caso de estupro ou se a vida da gestante estava em risco. Com a aprovação de esse projeto, o aborto até as primeiras 14 semanas de gravidez se tornou legal e gratuito.

Em segundo lugar, se discorre sobre a Colômbia, país também vizinho ao Brasil, que no dia 21 de fevereiro de 2022 descriminalizou o aborto até a 24ª semana de gravidez. Como no Brasil, previamente a descriminalização existiam somente certas exceções. Essas eram para os casos de gravidez por estupro ou incesto, malformação fetal que inviabilizasse a vida do bebê ou quando houvesse atestado médico que afirmasse que a gestação oferecia risco à genitora.

As economias e culturas dos três países são muito semelhantes. O PIB Argentino corresponde a 491.492.700,66, USD⁸ com um setor agrícola forte. O país também contém um grande número de católicos, cerca de 62% da população.⁹

Em relação a Colômbia, seu PIB corresponde a 314.322.453,23 USD,¹⁰ também com uma grande economia agrícola. A cultura, também semelhante a Argentina e Brasil, tem 79% da população com a aderência ao catolicismo¹¹, ou seja, possuem uma crença parecida levando a uma semelhança em mentalidade.

Dessa forma, as decisões desses dois países impactam o Brasil. Com dispositivos legais, culturas religiosas (os três países possuem grande população católica) e economias parecidas é evidente a possibilidade da descriminalização do aborto no Brasil. Há a possibilidade de o Sistema Único de Saúde bancar as interrupções de gravidez escolhidas por mulheres, assim resultando em um menor número de mortes de mulheres, não recorrendo mais a clínicas clandestinas, e também maior segurança.

3. A POLÍTICA CRIMINAL, A DESCRIMINALIZAÇÃO E A NORMA PENAL

Nesta seção, define-se política criminal, descriminalização e a relação de essas duas matérias com o direito penal, mais especificamente com a norma penal. A definição de política criminal é o conjunto de procedimentos repressivos por meio dos quais o Estado reage contra o crime. Na atualidade, inclui-se também como objeto da política criminal todo o conjunto de procedimentos/estratégias através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal, como se deve proceder a frente um indivíduo que infringe as regras. Desse modo, a política criminal se ocupa de avaliar as estratégias usadas para o controle de situações sociais

conflitivas, propondo novas estratégias pra o enfrentamento de tais situações, se preocupando com os problemas de prevenção e também os sistemas de repressão. Assim, o Direito Penal deve encarregar-se de transformar em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico utilizado pela política criminal, segundo o perfil e limites de um Estado Democrático de Direito.⁸

A descriminalização é definida como o processo que elimina o caráter ilícito penal de uma conduta (*abolitio criminis*), podendo também ser descrita como a extinção da punibilidade. Decorre de uma ampla aceitação social da conduta, dessa forma a lei que definia uma conduta como formalmente típica (tipicidade formal- a conduta no mundo externo se encaixa perfeitamente com a conduta prevista pelo legislador na lei) passa a não ser mais aplicada, pois boa parte da população passa a aceitar a conduta como parte do convívio social. A conduta passa a ser materialmente atípica, não cumprindo um dos requisitos da tipicidade, elemento essencial do delito, não sendo mais crime. Além disso, ao se fazer uso da descriminalização o Direito Penal atua sobre dois de seus princípios base, o da intervenção mínima e da proteção de um bem mais valioso, pois com a descriminalização o estado por intermédio do Direito Penal intervém de uma forma mais democrática, proporcionando maior liberdade aos seus cidadãos, justamente também por conta de que o Direito Penal deve proteger somente os bens mais valiosos para uma sociedade (“ultima ratio”), e, se esse bem passa a possuir menor valoração penal (adequação social), o estado não deve mais intervir com leis que punam condutas que danem ou causem perigo de dano a este bem.

A relação existente entre essas duas matérias definidas acima e o Direito Penal, consequentemente a norma penal, é deveras estreita. O Direito Penal faz uso das análises e estratégias da política criminal para poder transforma-las em leis e normas que motivem os indivíduos da sociedade e, conjuntamente, o Direito Penal faz uso da análises propostas para, nos casos em que uma norma não se ve mais efetiva, ou seja, não motiva os cidadãos por conta de a conduta ser aceita em sociedade, descriminalizar uma conduta previamente típica.

Dessa maneira, ambas a política criminal e a descriminalização atuam sobre temas penais debatidos na atualidade como a descriminalização/legalização da interrupção da gravidez por escolha da gestante. A análise feita pela política criminal sobre o aborto é deveras importante para a sua futura descriminalização, pois como foi dito anteriormente a política criminal se ocupa de avaliar as estratégias usadas para o controle de situações sociais conflitivas, propondo novas estratégias pra o enfrentamento de tais situações, seja esse enfrentamento novas leis ou uma possível descriminalização da conduta. Destarte, uma análise que vise avaliar a estratégia de punição do estrado brasileiro para o aborto, presente no artigo 124 do código penal, evidenciará a sua falta de efetividade e, não somente essa, quanto os danos à saúde publica que ocorrem

resultantes da insalubridade de clínicas clandestinas. Com essa avaliação, o Direito Penal poderá colocar em prática as evidências concedidas por essa avaliação, promovendo a descriminalização da conduta atualmente típica de interrupção da gravidez por motivos além dos previstos na lei. A descriminalização gera não somente uma melhora na saúde pública, mas um efeito positivo na sociedade ao conceder maior liberdade de escolha às mulheres, essas que já sofrem com menor salário e inúmeras barreiras sociais, impulsionando a força do movimento feminista e, em consequência, a força das mulheres em si.

4. A DESCRIMINALIZAÇÃO DO ABORTO E O FUTURO DO DIREITO PENAL

Nessa seção final do artigo, reforçam-se os benefícios da descriminalização, já mencionados em certos pontos desse artigo, e o que esses benefícios implicam no futuro do Direito Penal brasileiro. O Direito Penal atual pune a conduta de interrupção da gravidez por escolha da mulher, assim infligindo o seu direito de liberdade protegido pela constituição e atacando a sua dignidade como pessoa humana em si. Porém, com a descriminalização o estado, por intermédio do Direito Penal, irá deixar de punir a mulher por uma escolha própria e, também, trará uma melhora a saúde pública brasileira ao diminuir drasticamente os números de mortes de mulheres resultantes de abortos clandestinos.

Além disso, o futuro do Direito Penal, com a descriminalização do aborto, torna-se mais promissor, pois esse se torna mais inclusivo, ao incluir em sua criação de leis a visão feminina de escolhas, abrindo caminho para uma sociedade mais igualitária que proporcione melhores oportunidades as mulheres. Torna-se mais moderno, pois como se sabe o direito deve sempre acompanhar a sociedade e, dessa forma, o Direito Penal se torna mais adequado a sociedade moderna que, em grande parte, não vê o aborto como uma prática delituosa, mas sim como o exercício da liberdade e direito de escolha das mulheres na atualidade. Dessa forma, o Direito Penal brasileiro se adequaria a modernidade países vizinhos como Argentina e Colômbia. O Direito Penal se tonará mais humanitário, ao possibilitar a mulheres que sofrem com o evento traumático de uma interrupção de gravidez não sejam forçadas a serem presas por conta disso.

O futuro do Direito Penal, com a descriminalização do aborto, se preocupará de forma mais efetiva com os bens coletivos, esses que já apresentam demanda de proteção. O bem coletivo mais beneficiado será a saúde pública, pois o direito a saúde é um bem coletivo protegido pelo artigo 6º da Constituição Federal. Assim, se o Direito Penal deseja ser atual deve proteger bens coletivos, nesse caso ao descriminalizar o aborto protege de maneira mais expressiva a população feminina ao propiciar um procedimento legal e seguro, tendo ciência do número de abortos e como são praticados, o que na atualidade são pontos incertos.

Por conseguinte, é necessário que, na nova proposta de Código Penal, a qual está em discussão e elaboração no Congresso seja incluída a despenalização do aborto, pois a mesma se faz necessária para um futuro mais promissor, humano, moderno e inclusivo do Direito Penal brasileiro para que este beneficie de forma expressiva a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por conseguinte, na conclusão há um fechamento dos temas introduzidos no decorrer do artigo. Atualmente no Brasil, inúmeros abortos clandestinos são feitos, indo de direto encontro a norma penal que os pune no artigo 124 do Código Penal, demonstrando a falta de efetividade e motivação que a norma propõe. Também, em resultado dessa norma, mulheres que passam por um evento traumático de interrupção da gravidez são forçadas a ser presas e encaminhadas a presídios, levando a outro evento traumático e as subjugando as situações de violência, baixa higiene, espaços confinados e possível introdução a crimes mais severos.

Além disso, os princípios da adequação social, humanidade, dignidade da pessoa humana e intervenção mínima devem ser usados para ocasionar em uma descriminalização do aborto, já que grande parte da sociedade, não somente a brasileira, mas também as sociedades de países latinos e similares, já aceita essa conduta como prática comum e necessária a mulheres, essas que devem ter seu direito de escolha respeitado e que o estado não deve intervir onde não se faz necessário.

Por fim, a descriminalização do aborto é de deveras importância para o futuro do Direito Penal, pois esse necessita de maior inclusividade, humanidade e modernização, pressupostos que poderão ser atingidos com a descriminalização do aborto por essa trazer o direito mais perto da sociedade ao se adequar as normas atuais de convivência. Ao descriminalizar o aborto, protege bens coletivos como a saúde pública, essa que se vê em séria necessidade de melhora na atualidade, ao diminuir o número de mortes e doenças que mulheres são expostas em clínicas clandestinas, aumento a qualidade de vida não somente das mulheres, mas da população brasileira em geral. Desse modo, o futuro do Direito Penal com a descriminalização do aborto em mente leva a uma sociedade melhorada e a promessa de uma vida de direito a todas as mulheres que possuam a liberdade de escolha de seguir ou não com uma gravidez.

REFERÊNCIAS

¹ BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 1 - PARTE GERAL**. 27ª edição. Editora Saraiva, 2021, página 25.

² BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 1 - PARTE GERAL**. 27ª edição. Editora Saraiva, 2021, página 35.

³<https://hellociue.com/pt/artigos/ciclo-a-z/o-que-acontece-antes-durante-e-depois-de-um-aborto> O que acontece durante um aborto, Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

⁴ MIRANDA, TL., and SCHIMANSKI, E. Relações de gênero: algumas considerações conceituais. In: FERREIRA, AJ., org. Relações étnico-raciais, de gênero e sexualidade: perspectivas contemporâneas [online]. Ponta Grossa: Editora UEPG, 2014, pp. 66-91. ISBN 978-85-7798-210-3. Available from SciELO Books.

⁵ ROCHA, Maria Isabel Baltar da. A discussão política sobre aborto no Brasil: uma síntese. R. bras. Est. Pop., São Paulo, v. 23, n. 2, p. 169-174, jul./dez. 2006

⁶ PEREZ, Olivia Cristina e RICOLDI, Arlene Martinez. A QUARTA ONDA FEMINISTA: INTERSECCIONAL, DIGITAL E COLETIVA. Trabalho preparado para apresentação no X Congresso Latino-americano de Ciência Política (ALACIP), organizado conjuntamente pela Associação Latino-americana de Ciência Política, a Associação Mexicana de Ciência Política e o Tecnológico de Monterrey, 31 de julho, 1, 2 e 3 de agosto 2019.

⁷ Diniz, Debora, Medeiros, Marcelo e Madeiro, Alberto Pesquisa Nacional de Aborto 2016. Ciência & Saúde Coletiva [online]. 2017, v. 22, n. 2 [Acessado 19 Junho 2022] , pp. 653-660. Disponível em: <<https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>>. ISSN 1678-4561. <https://doi.org/10.1590/1413-81232017222.23812016>.

⁸https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=AR&most_recent_value_desc=false Banco Mundial. Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

⁹https://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_na_Argentina Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

¹⁰https://datos.bancomundial.org/indicador/NY.GDP.MKTP.CD?locations=CO&most_recent_value_desc=false Banco Mundial. Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

¹¹https://pt.wikipedia.org/wiki/Religi%C3%A3o_na_Col%C3%B4mbia Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

¹² HAUSER, Ester Eliana. POLÍTICA CRIMINAL. <https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/2752/Pol%C3%ADtica%20Criminal.pdf?sequence=1> Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

Código Penal de 1940, https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em 18 de junho de 2022, 16:16.

O ESTUPRO DE VULNERÁVEL: ASPECTOS HISTÓRICOS, CULTURAIS E JURÍDICOS: A IMPOSSIBILIDADE DE RELATIVIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS CONTRA VULNERÁVEL

THE RAPE OF VULNERABLE: HISTORICAL, CULTURAL AND LEGAL ASPECTS: THE IMPOSSIBILITY OF RELATIVIZING SEX CRIMES AGAINST VULNERABLE

Samara Scartazzini Awad

RESUMO

O presente estudo aborda a questão dos crimes sexuais contra vulneráveis menores de 14 anos, bem como a sua impossibilidade de relativização no caso concreto. Cujas ampla recorrência exige máxima atenção no que concerne às tentativas de prevenções e novas atribuições de penalidades.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes sexuais. Relativização. Vulnerabilidade. Estupro. Legislação.

ABSTRACT

This study addresses the issue of sexual crimes against vulnerable minors under 14 years old, as well as its impossibility of relativization in the concrete case. Whose wide recurrence requires maximum attention with regard to attempts at prevention and new attributions of penalties.

KEYWORDS: Sex crimes. Relativization. Vulnerability. Rape. Legislation.

INTRODUÇÃO

Tendo em vista o crescimento descabido de crimes sexuais contra crianças e adolescentes, houve necessidade de o Legislador adotar medidas urgentes para combater (ou minimizar) a prática. Através da edição da Lei n. 12.015, em 7 de agosto de 2009, foi introduzido no Código Penal “o crime sexual contra vulnerável”, para punir a violência a menores de 14 anos.

O artigo 217-A, introduzido pela lei n. 12.015/2009, estabelece que vulneráveis são todos os menores de 14 anos ou pessoa que, em razão de enfermidade (mesmo que temporária) ou perturbação mental, ou qualquer outra razão que impossibilite a vítima de oferecer resistência ao ato.

O problema do presente artigo é questionar os aspectos jurídicos, culturais e históricos do crime contra a dignidade sexual e analisar como a legislação brasileira enxerga as vítimas, com

foco nas vítimas infanto juvenis. Por meio deste questionamento, busca-se o objetivo inicial de analisar a evolução da normatização do abuso sexual no ordenamento jurídico brasileiro, e assim analisar a cultura de estupro no Brasil, para em seguida focar no abuso sexual e a violação da dignidade da pessoa humana.

Aspectos culturais e sociais devem ser considerados, visto que o ato violento é multifacetado nas suas formas e práticas, como dito acima, o artigo tem em vista o abuso de vulnerável. Cabe explorar, por meio da doutrina, o estado de vulnerabilidade das vítimas conforme exposto na Lei n. 12.015/2009 e aos incrementos ao Código Penal.

1. A EVOLUÇÃO DA NORMATIZAÇÃO DO ESTUPRO NA LEGISLAÇÃO

A norma estabeleceu caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos, e da pessoa privada de razão em virtude de perturbação psíquica, ou seja, o incapaz e o relativamente capaz. Entretanto, o estudo objetiva a explanação acerca dos aspectos históricos, culturais e jurídicos do estupro de vulnerável menor de 14 anos, bem como a impossibilidade de relativização nestes casos.

O abuso sexual é conhecido desde de os primórdios de nossa civilização, sua nomenclatura bem como sua penalização transitaram em diferentes adequações para então tornar-se o que hoje conhecemos. Em razão disso, faz-se necessário uma breve análise histórico cultural do que antes era o seu tipo base, ou seja, o estupro em si. Vale ressaltar que as modificações em nossa Lei Penal transformaram o estupro de vulnerável em um crime autônomo, detentor de qualificadoras capazes de agravar a pena daquele que incidir na figura típica. Porém não foi sempre assim, durante muitos anos o atentado contra dignidade sexual do vulnerável encontrava-se no rol dos crimes de estupro, e tinha-se ele como uma qualificadora. Logo, cumpre imensa relevância estender o debate até o que hoje conhecemos como art. 213, ou seja, estupro.

Art. 213. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, a ter conjunção carnal ou a praticar ou permitir que com ele se pratique outro ato libidinoso: (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 6 (seis) a 10 (dez) anos. (Redação dada pela Lei nº 12.015, de 2009)

O estupro é um delito previsto em grande parte dos ordenamentos jurídicos, entre os crimes sexuais é a infração de natureza mais grave. E na criminalidade comum, o estupro se coloca como uma das condutas penais onde se pode entrever a maior periculosidade do agente. Porém, quando aprofundamos o estudo em sua evolução jurídica e cultural, o estupro como crime que conhecemos hoje foi um processo de lentidão e justificação.

As leis foram criadas para limitar a liberdade do humano em sociedade, pois a vida em comunidade sempre fez surgir os conflitos de interesses. Diante disso, faz-se necessário criar regras para manter a paz e da mesma forma repreender os que não se adequassem a elas.

1.1. A evolução histórica do estupro

O Código Penal do Império foi responsável por trazer em seu texto diversos delitos sexuais sobre a rubrica genérica Estupro. O legislador definiu o crime propriamente dito no art.222, cominando a ele a pena de prisão de 3 a 12 anos mais a constituição de um dote em favor da ofendida. Para que o fato se adequasse ao tipo penal era necessária presença da vítima pertencente ao gênero feminino. Se a ofendida fosse prostituta, porém, a pena prevista era de apenas 1 mês a 2 anos de prisão, e o dote era completamente esquecido.

Fica evidente que os padrões instituídos pelo patriarcado atingiram fortemente esta tipificação, já que o simples fato de ser vítima não era capaz de garantir a proteção jurídica e social. Visto que o artigo trazia em seu corpo pré-requisitos ligados aos ideais de pureza, atenuando a pena caso fosse ela prostituta.

Com a chegada do Código Penal de 1940 tivemos um grande avanço quanto a definiçãoe capitulação do delito. Pois, já possuía uma redação capaz de proteger grande parte daqueles que se encontravam no polo passivo da figura típica. Além disso, o código também trazia a figura do estupro de vulnerável. Em síntese, há um melhoramento técnico por parte dos legisladores.

As reformas sofridas pela Lei Penal desde sua entrada em vigor em 1940, mostra certo avanço tendo em vista a forte tendência de deslocamento da moral e dos costumes, para uma especial consideração subjetiva ao indivíduo. Ou seja, o foco geral incide na vitima de coação e violência enquanto pessoa humana.

1.2. A Cultura do Estupro

A cultura do estupro foi amplamente amparada por diferentes vertentes do conhecimento que buscavam desesperadamente encontrar justificativas capazes de isentar ou com sorte diminuir a penalização do agressor e descaradamente transferir a culpa a vítima.

Uma das justificativas encontradas para esta atrocidade aconteceu no século XIX, o conhecido “Século das Ciências” trouxe uma nova visão para o crime em si. Através de justificações biológicas e posteriormente sociológicas, traziam o conceito de criminoso nato, criava-se uma figura para o estuprador como uma pessoa vagabunda, errante e proveniente das periferias das cidades. O estuprador passou a ser visto então como a degeneração de uma parte social ainda não contemplada pela ciência e pelo progresso.

A palavra pedofilia nasceu no século seguinte, e com ela nasce também um novo entendimento do que é estuprador. Anteriormente a figura era limitada pelo preconceito com determinada parcela da sociedade, mas agora se entende que pode o estuprador ser o pai, o padre, o professor e inúmeras outras figuras. Neste século as vítimas são vistas de forma destacada da sociedade, e o pós-estupro é estudado das mais diversas formas.

2. O MENOR NO CONTEXTO PRÉ-CONSTITUIÇÃO DE 1988

O menor no contexto pré-constituição de 1988 desde as primeiras codificações normativas, as leis fizeram referências a infância e juventude. Entretanto, nem sempre tratavam da proteção e assistência dos interesses e necessidades das crianças e adolescentes. O Direito Brasileiro não foi diferente até mesmo porque a proteção de crianças e adolescentes, até pouco tempo não se inseria no foco de atuação do estado.

Frente a crescente criminalidade infanto-juvenil, o estado se viu obrigado a olhar para estes de uma forma mais incisiva. Então, em 1927 foi criado o Código de Menores. O principal objetivo era afastado o menor do meio instável que era no entendimento da época o principal responsável por criar condutas antissociais.

Logo, percebe-se que o objetivo de tal ordenamento não era a proteção integral do menor, e sim uma tentativa de reduzir a criminalidade. Que teve como resultado a marginalização desenfreada e a total exclusão de jovens e crianças que em razão do desfavorecimento econômico não possuíam as mesmas oportunidades que os demais.

2.1. A Constituição Federal de 1988

A Constituição Federal de 1988, denominada Constituição Cidadã pela primeira vez inclui ao ordenamento jurídico brasileiro um título específico para tratar dos princípios fundamentais, definido como conjunto institucionalizado de direitos e de garantias tutelados pelo Estado.

A despeito da norma constitucional, um dos obstáculos ao combate à exploração sexual infanto-juvenil e suas variadas dimensões e a falta de dispositivos legais específicos na legislação infraconstitucional, que vislumbre todas as suas nuances.

Apesar de termos uma lei específica para tratar dos assuntos envolvendo crianças e adolescentes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). Ainda não somos inteiramente capazes de suprir as complexidades inerentes a esta modalidade criminosa.

Não obstante essa crítica, atualmente o ordenamento jurídico brasileiro possui uma verdadeira realidade de políticas públicas voltadas a proteção de crianças e adolescentes.

Tendo em vista que grande parte dos abusos sexuais com vítimas menores de 14 anos ocorrem no âmbito familiar, e por incrível que pareça com a anuência daqueles que deveriam

ser os representantes legais da criança. Assim, a conduta criminosa muitas vezes não chega até o conhecimento das autoridades. Diante disso, é mais seguro para a vítima que o agressor veja o Estado como acusador.

As vítimas de abuso sexual infantil são cercadas por vários sentimentos, como culpa, vergonha, dúvidas e medo. Em razão disso, muitos casos não chegam ao conhecimento dos responsáveis e conseqüentemente das autoridades, obrigando as vítimas a conviverem com o peso da violência.

3. O ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (ECA)

O Estatuto da Criança e do Adolescente é resultado de uma ampla mobilização popular, que reconhece os direitos dos menores, e também ratifica seus deveres, além de conferir a eles prioridade na elaboração e implementação de políticas públicas. O ECA entende que em razão destes se encontrarem em desenvolvimento necessitam que sejam tutelados.

3.1. O Consentimento do Ofendido

O crime de estupro de vulnerável foi criado com a intenção de dar tratamento diferenciado à pessoa menor de 14 anos, pessoa com enfermidade, deficiência mental ou que, por qualquer outra causa não possa oferecer resistência ao ato sexual, foi inserido pela reformada 2009. Ao prever o estupro de vulnerável o Código Penal objetivou de forma autônoma tutelar a liberdade sexual e a integridade física e mental dos menores incapazes.

Entende-se como vulnerável aquele que não possui capacidade plena para consentir validamente os atos que foram submetidos, ou não possuem resistência para evita-los. Assim, mesmo que o menor dê ao outro polo o consentimento o crime não será afastado, pois este possui seu consentimento viciado.

O consentimento aqui pouco importa, pois foi cientificamente comprovado que um menor de 14 anos não possui estrutura psicológica para assumir qualquer responsabilidade, nem o discernimento para avaliar a dimensão das conseqüências de determinadas decisões. Portanto, não se fala em exclusão da tipicidade do crime sexual cometido contra menores de 14 anos, sob qualquer alegação, seja o consentimento da vítima, sua previa experiência ou por se encontrar na faixa etária entre 12 e 14 anos.

3.2. A impossibilidade de relativização no caso concreto

No que se refere aos doutrinadores, tem-se um duplo entendimento. De um lado estão os que entendem a absoluta vulnerabilidade do menor, frente sua imaturidade; de outro lado estão os defensores da vulnerabilidade relativa ao caso concreto, que buscam isentar o agente da

imputação criminal baseados na definição adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, de que criança é pessoa até 12 anos incompletos, tendo entre 12 e 18 anos já é adolescente, portanto, capaz de discernir.

A norma estabeleceu caráter absoluto da vulnerabilidade quanto ao menor de 14 anos, e da pessoa privada de razão em virtude de perturbação psíquica. Em momento algum faz referência ou exigência de qualquer outro requisito para a configuração do crime. Portanto, não há que se discutir qualquer justificativa para a conduta do agente.

Deve-se também analisar os princípios constitucionais da razoabilidade e da equivalência reiterando sempre os preceitos constitucionais de que todos são iguais perante a lei devendo prevalecer em princípio a presunção de não culpabilidade.

O fato do agente receber uma resposta penalógica condizente com a medida de sua culpa não anula sua humanidade. Logo, permanece o apenado sendo uma pessoa humana, condição que por si só garante uma série de direitos. Deve o agente da conduta delituosa receber resposta penalógica conforme a medida de sua culpa, não cabendo aqui a possibilidade de relativização da vulnerabilidade da vítima, bem como da culpa do agente.

CONSIDERAÇÕES

O artigo aborda a questão dos crimes sexuais contra vulnerável, e a sua impossibilidade de relativização no caso concreto. Através de estudos bibliográficos abordam-se os Direitos da Criança e do Adolescente, os crimes contra a dignidade sexual e a impossibilidade de relativização nos crimes contra vulneráveis, segundo três aspectos: histórico, cultural e jurídico. Reafirmando os princípios constitucionalmente protegidos, o Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA) prevê que crianças e adolescentes sejam titulares de direito à liberdade, ao respeito e à dignidade e, por ainda estarem se desenvolvendo física e psicologicamente, necessitam da tutela desses direitos.

O Código Penal, ao prever o estupro de vulnerável, objetivou tutelar a liberdade sexual de menores incapazes, pela incapacidade em discernir plenamente sobre atos da vida civil. Dessa forma, a conjunção carnal ou qualquer ato libidinoso com menores de 14 anos, deixou de ser um tipo comum de estupro, para ser um tipo autônomo.

A norma define que, nos crimes sexuais, a vulnerabilidade da pessoa com idade inferior a 14 anos é absoluta. Porém, existem divergências de doutrinadores e julgadores: de um lado, estão os que entendem a absoluta vulnerabilidade do menor, frente sua imaturidade, da ausência de conhecimentos gerais que permitam examinar adequadamente todas as circunstâncias que autorizem uma tomada de decisão em toda e qualquer ação; de outro lado, estão os defensores da vulnerabilidade relativa ao caso concreto, que buscam isentar o agente da imputação criminal

baseados na definição adotada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente que criança é pessoa até 12 anos incompletos, tendo entre 12 e 18 anos já é adolescente, portanto, capaz de discernir e de consentir com a prática sexual.

O entendimento acolhido pelo presente estudo, é que a norma estabeleceu caráter absoluto da vulnerabilidade do menor de 14 anos, e da pessoa privada de razão em virtude de perturbação psíquica, ou seja, o incapaz e o relativamente incapaz, em momento algum faz referência ou exigência de qualquer outro requisito para a configuração do crime, portanto, não há que se discutir qualquer justificativa para a conduta do agente.

O presente estudo busca reafirmar que deve o agente da conduta delituosa receber a resposta penalógica conforme a medida de sua culpa, não cabendo aqui a possibilidade relativização da vulnerabilidade da vítima, bem como da culpa do agente.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, M. de F. **Violência e abuso sexual na família. Psicologia em Estudo**. 2002, v. 7, n. 2, pp. 3-11. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S1413-73722002000200002>. Acesso em: 20 out. 2022.

BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 4 – CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL ATÉ CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA**. 14th edição. Editora Saraiva, 2020, página 132.

BITENCOURT, Cezar R. **TRATADO DE DIREITO PENAL 4 – CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL ATÉ CRIMES CONTRA A FÉ PÚBLICA**. 14th edição. Editora Saraiva, 2020, página 136.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm > Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 8.069, de 13 de junho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm Acesso em: 22 out. 2022.

BRASIL. **Decreto- Lei Nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm Acesso em: 21 out. 2022.

Convenção sobre os Direitos da Criança. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm

Acesso em: 22 out. 2022.

CURY, Garrido Marçura. **Estatuto da criança e do adolescente anotado**. 3. ed. Ver. E atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Constitucional**. 26th edição Editora Saraiva, 2022, página 1510.

LENZA, Pedro. **Esquematizado - Direito Constitucional**. 26th edição Editora Saraiva, 2022, página 1513.

NUCCI, Guilherme de S. **Estatuto da Criança e do Adolescente - Comentado**.: Grupo GEN, 2020. E-book. ISBN 9788530992798. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992798/>. Acesso em: 28 out. 2022.

“PEQUENAS MISSES”: PADRONIZAÇÃO E CONTROLE DE CORPOS ATRAVÉS DOS CONCURSOS DE BELEZA E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE MENINAS

“TODDLERS & TIARAS”: STANDARDIZATION AND BODIES CONTROL THROUGH BEAUTY CONTEST AND THE VIOLATION OF GIRLS' FUNDAMENTAL RIGHTS

Letícia da Fontoura Tomazzetti¹

Vitória Sbicigo Vendruscolo²

RESUMO

O presente artigo propõe analisar a realidade por trás dos concursos de beleza infantis a partir do programa de televisão “Pequenas Misses”, com o objetivo de avaliar se há violação aos direitos fundamentais de meninas. Nesse sentido, adotou-se metodologia indutiva, uma vez que a presente pesquisa tem como ponto de partida justamente o controverso programa televisivo estadunidense. No mesmo sentido, o método de procedimento utilizado é o monográfico, bem como a técnica de pesquisa bibliográfica. Nesse cenário, restou constatado que o corpo infantil feminino se apresenta em tal programa televisivo como objeto de comercialização, de forma que foi possível identificar inúmeras consequências biopsíquicas em meninas, alimentadas em prol do entretenimento, o que afeta diretamente os direitos fundamentais das mesmas, a partir de uma perspectiva apresentada pela Teoria da Proteção Integral que rege o ordenamento brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Controle de Corpos; Direitos Fundamentais; Meninas; Pequenas Misses.

ABSTRACT

The present paper propose to analyze the reality behind the children's beauty contest from the television show "Toddlers and Tiaras", with the aim to realize if there is violation to the girl's fundamental rights. Thus, it was used the inductive method, once the present study has as a starting point the controversial american television show. At the same time, the procedure method used is the monographic, as well as the bibliographic research technique. In this Scenario, it was

¹ Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) – Santa Cruz do Sul, na Linha de Pesquisa de Políticas Públicas de Inclusão. Graduada em Direito pela Universidade Franciscana (UFN) – Santa Maria. E-mail: leticiatomazzetti@gmail.com.

² Graduanda do 4º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana (UFN) – Santa Maria. E-mail: vitoriasbicigo@gmail.com

realized that the female children body is presented as a product trade, so it was possible identify lots of biopsychics consequences on girls, filled up in favor of entertainment, which effects directly their fundamental rights, from a perspective presented by the Teoria da Proteção Integral, that rules the brazilian legal system.

KEY-WORDS: Bodies control; Fundamental Rights; Girls; Toddlers and Tiaras.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho propõe analisar a realidade existente por trás dos concursos de beleza infantis a partir do programa de televisão estadunidense “Pequenas Misses”, televisionado na emissora TLC entre o ano de 2009 e 2016, buscando avaliar se há violação aos direitos fundamentais de meninas. Assim, a pesquisa conta com a hipótese da exploração dos corpos infantis como forma de exploração comercial, sobretudo pela padronização, acarretando em consequências latentes que desencadeiam, inclusive, em patologias psíquicas.

Para tanto, o presente trabalho conta com método de abordagem indutivo, considerando o referido programa televisivo como caso a ser analisado, bem como o método de procedimento utilizado é o monográfico, sendo que a técnica de pesquisa empregada é a bibliográfica, uma vez que o estudo ocorre por meio da análise bibliográfica em comparação as práticas sociais atuais.

Nesse cenário, em um primeiro momento traz-se à baila a descrição do referido programa de televisão, denominado de “Toddlers & Tiaras” para, na sequência, abordar a teoria de Michel Foucault acerca do controle de corpos, acrescentando a ela perspectivas epistemológicas feministas de Judith Butler, analisando como concursos de beleza tratam-se de ferramentas patriarcais opressoras. Ainda, passa-se a análise dos efeitos latentes dos concursos de beleza infantis e, em restando abordadas tais consequências, se analisa a violação aos direitos fundamentais de meninas sob a ótica da Teoria da Proteção Integral, que rege o sistema de proteção às crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Cabe referir, ainda, que, em que pese o programa trate-se de um programa televisivo estadunidense, este foi televisionado no Brasil, influenciando na realização de diversos concursos de beleza infantis, razão pela qual a análise pela ótica do sistema jurídico brasileiro se faz apropriada.

1. O PROGRAMA DE TELEVISÃO “PEQUENAS MISSES” E O LUCRO SOB OS CORPOS INFANTIS FEMININOS

O programa em questão, televisionado na emissora TLC, acompanhava a vida de famílias de meninas na faixa etária de 3 a 10 anos, que participavam de concurso de beleza infantis, em todo o território estadunidense, documentava de forma hostil o treinamento delas em casa, a preparação nos camarins e a apresentação de meninas no palco, endeusando os exageros e vaidades das meninas e seus pais, usando como atributos principais o bronzamento artificial, os dentes falsos, as perucas, a maquiagem exagerada e roupas explicitamente inadequadas e vulgares para meninas em tenra idade.

Vale enfatizar, desde já, a nocividade do programa e concursos de beleza para com a integridade física e psíquica das participantes, cabendo falar do fanatismo exacerbado dos pais e o circo midiático que enroda. O programa perdurou mais de uma década trazendo para os telespectadores o profundo estresse ao qual as participantes eram submetidas, principalmente pelo fato de terem sua privacidade invadida pelos veículos midiáticos, além da já citada pressão sofrida para serem consideradas as mais belas, julgadas e rotuladas por adultos desconhecidos, exclusivamente pelo exterior, artefatos superficiais.

Dessa maneira, é de suma importância ressaltar os problemas de imagem corporal negativas que programas como o Pequenas Misses geram, como consequência distúrbios alimentares como anorexia e bulimia, evidenciando a tendência de transtornos em jovens precocemente. Ao que tange a exploração comercial, pode-se começar a analisar que o capitalismo trouxe um vasto modo de se comportar e mostrar para a sociedade o modo como vivemos. Atualmente vale a reflexão de que estamos sempre vigiados e que o termo “os dados são o novo petróleo”, como monitoramento dos indivíduos e suas interações no mundo tecnológico que estão cada vez mais monetizados.

No mesmo sentido, os aplicativos e plataformas digitais são projetadas exatamente para estimular a superexposição, para que mais dados e mais informações sejam armazenadas, basicamente, esse modelo de negócio é baseado em dados que se fundamentam em técnicas de perfilamento e microsegmentação, que como resultado fere e invade o direito de privacidade.

Assim sendo, é de suma importância dar ênfase ao conceito de modernidade líquida de Bauman³ dado que a metáfora expõe a situação da sociedade moderna, caracterizada pela incapacidade de manter a forma, pela inconstância e dissolução de qualquer perspectiva de permanência. Para o sociólogo polonês, viver na modernidade líquida significa não ter hábitos,

³ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

ao mesmo passo que se tem identidades mutáveis, que podem ser substituídas quando em desuso.

Dessa forma, verifica-se que para o abordado programa televisivo, o corpo infantil feminino se apresenta como objeto de comercialização, ora pela emissora que transmitia o programa que lucrava com a exposição excessiva e cobranças insurgentes acerca da necessidade de padronização, ora pela própria sociedade que assistia o programa. Percebe-se, então, o corpo, sobretudo o feminino, como suporte narrativo principal de subjetivação, constituindo-se, assim, como forma de controle e hierarquia social.

2. PADRONIZAÇÃO DOS CORPOS FEMININOS COMO FORMA DE CONTROLE E DOMINAÇÃO SIMBÓLICA: PONDERAÇÕES ENTRE AS ANÁLISES FOUCAULTIANAS E FEMINISTAS

Não obstante, a ideia de avanço nos direitos emancipatórios femininos, a cultura patriarcal segue fortemente presente, colocando o corpo feminino sob seu controle e dominação. Para tanto, buscando uma melhor abordagem teórica, cabe referir que como dominação utiliza-se a concepção de Bourdieu⁴, que analisa as relações informais de poder naquilo que chamou de poder simbólico.

Para tanto, como dominação simbólica, entende-se o “poder invisível o qual só pode ser conhecido com a cumplicidade daqueles que não querem saber que lhe estão sujeitos ou mesmo que o exercem”⁵. Tal teoria surge contemporaneamente aos estudos de Michel Foucault que relaciona os mecanismos de poder entranhados na sociedade com os corpos. Para Foucault⁶, os discursos são os mecanismos que moldam a estruturação da ideia de dominação, que exercem um domínio no plano da subjetividade e das práticas dos sujeitos, inclusive as culturais.

Sendo assim, a submissão simbólica e material, tem o corpo como o suporte narrativo principal, uma vez que narra a dominação ao mesmo tempo em que a perpetua, sendo que é nele também que se visualiza a progressiva naturalização da diferença entre homens e mulheres, a partir da perspectiva de hierarquização dos gêneros. Dessa forma, faz-se imperativo ressaltar a ideia de binarismo de gênero, advinda das concepções de Butler⁷, que refere que os papéis das mulheres são concebidos tanto por meio de discursos históricos, quanto culturais.

⁴ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

⁵ BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**, p. 7-8

⁶ FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. Organização, introdução e revisão técnica de Renato Machado. 26 ed. São Paulo: Graal, 2013.

⁷ BUTLER, Judith. **Gender trouble Feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 1990.

Nesse cenário, cabe referir que capitalismo e patriarcado sempre andaram em conjunto, sobretudo quando se analisa a história pelo viés feminino, considerando que, conforme refere Scott⁸ a história das mulheres não é reconhecida e nem contada, sendo relegada a um domínio separado da história masculina.

É impossível isolar a responsabilidade de cada um dos sistemas de dominação-exploração fundidos no patriarcado-racismo-capitalismo pelas discriminações diariamente praticadas contra as mulheres. De outra parte, convém notar que a referida simbiose não é harmônica, não é pacífica. Ao contrário, trata-se de uma unidade contraditória.⁹

Dessa maneira, Federici¹⁰ busca recontar a história humana sob o olhar feminino, colocando os ideais femininos no centro do debate. Para tanto, referida autora se ateve ao estudo do movimento de Caça às Bruxas, entendendo este como o responsável por dar início às primeiras práticas de dominação e opressão de gênero. O fenômeno do Caça às Bruxas, por sua vez, tratou de estereotipar as mulheres, em uma tentativa de padronizá-las, levando às fogueiras aquelas que não correspondiam aos padrões de feminilidade, que pressupunha também, a domesticação feminina.

A partir de então é que a aparência da mulher começou a ser construída como um ideal a ser perseguido, como forma de cumprir com sua função social. Com isso, verifica-se que, não obstante todos os avanços referentes a ideia de gênero dos últimos anos, os controles sobre os corpos femininos ainda são muito presentes.

Conforme refere Wolf¹¹, ao tempo em que as mulheres da classe média foram ocupando espaços para além do ambiente doméstico, seu envolvimento com o lar foi perdendo força. Assim, para garantir que as mulheres trabalhadoras ocupadas e estimuladas continuassem a consumir no mesmo nível que antes, as indústrias, representadas por seus anunciantes, focaram em uma nova problemática, gerando novas necessidades, desta vez elevadas ao seu nível existencial e de construção identitária: a beleza. Corroborando a isso, Wolf ao criar o termo “Mito da Beleza, explica:

O mito da beleza tem uma história a contar. A qualidade chamada “beleza” existe de forma objetiva e universal. As mulheres devem querer encarná-la, e os homens devem querer possuir mulheres que a encarnem. Encarnar a beleza é uma obrigação para as mulheres, não para os homens, situação esta necessária e natural por ser biológica, sexual e evolutiva. Os homens fortes lutam pelas mulheres belas, e as mulheres belas têm maior

⁸ SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica**. Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 5-22, 1990.

⁹ SAFFIOTI, Heleith Iara. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

¹⁰ FEDERICI, Silvia. **Calibã e a Bruxa: mulheres, corpo e acumulação primitiva**. São Paulo: Elefante, 2017.

¹¹ WOLF, Naomi. **O Mito da Beleza: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres**. Tradução Waldea Barcellos. 11. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

sucesso na reprodução. A beleza da mulher tem relação com sua fertilidade; e como esse sistema se baseia na seleção sexual, ele é inevitável e imutável¹².

Dessa maneira, o ideal de beleza a ser perseguido se apresenta como nova ferramenta capaz de dar utilidade produtiva aos corpos não mais dominados pelo trabalho primário. Contudo, referido padrão jamais será atingido, uma vez que há uma constante mudança de padrões acerca do que é belo para uma mulher conforme estas vão alcançando-os. Em razão disso, esse sistema se retroalimenta, de maneira cíclica e infinita, pois toda vez que uma mulher sentir-se bonita, o sistema como um todo a convencerá do contrário, haja vista que a sociedade consumista sempre lhe apresentará novos “objetos” a serem adquiridos para revelar sua identidade.

Diante desse contexto é que percebe-se a necessidade de dialogar as teorias de Bordieu¹³ e Foucault¹⁴ com as teorias feministas: primeiro porque tratam-se de análises centradas a partir de uma visão androcêntrica, tornando-se insuficiente quando se analisa pelo viés dos estudos de gênero; segundo, porque traz conceitos importantes e norteadores para os estudos podendo serem introduzidos às epistemologias feministas como complementação metodológica das subjugações de gênero.

Diante desse sentido, justamente em razão dos novos mecanismos emancipadores, o sistema patriarcal, com auxílio do capitalismo, encontrou novas formas de impor seu controle sobre os corpos femininos, de forma que as mulheres continuam sobrepostas às amarras. Assim, os concursos de beleza contribuem significativamente para com esse ideal, corroborando com a ideia de valoração da identidade feminina a partir do preenchimento de um padrão pré-determinado, que muito advém das próprias ideias binaristas de gênero.

Nesse cenário, tais concursos, que contam com o auxílio da disseminação por intermédio de programas televisos como ora abordado, geram efeitos muito mais latentes quando analisados pelo viés de crianças e adolescentes, ou seja, indivíduos que estão em fase de desenvolvimento, afetando diretamente na construção de sua subjetividade.

¹² WOLF, Naomi, **O Mito da Beleza**: como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres, p. 29.

¹³ BOURDIEU, Pierre. O poder simbólico.

¹⁴ FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder.

3. EFEITOS LATENTES DOS CONCURSOS DE BELEZA INFANTIS E A VIOLAÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÓTICA DA TEORIA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

Em princípio, a Teoria da Proteção Integral simboliza um marco em termos de proteção aos Direitos Fundamentais ao passo que assegura crianças e adolescentes como sujeitos de direito, isto é, significa dizer que deixam de ser objetos passivos para se tornarem titulares de direitos, sendo merecedores de total e absoluta prioridade. Ao mesmo tempo, é impositivo que seja reconhecida e respeitada a condição peculiar da pessoa em desenvolvimento.

Destaca-se as grandes mudanças ocorridas na legislação brasileira, devendo-se acordar que até a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁵ e o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁶, crianças eram vistas apenas como receptoras de meras políticas públicas não interligadas, bem como a partir de uma visão repressora. Tais legislações são vistas como verdadeiros marcos no ordenamento jurídico brasileiro, trazendo um novo paradigma a partir da inserção da Teoria da Proteção Integral, que impõe que a proteção de crianças é responsabilidade do tripé Estado, Sociedade e Família.

Nesse sentido, trazendo enfoque para o ordenamento jurídico brasileiro, vale a menção do artigo 227 da Constituição Federal de 1988:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.¹⁷

Nesta situação, em 1990 resulta a publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente com o enfoque no desenvolvimento prático dos direitos infantojuvenis especificamente, trazendo novamente a necessidade de uma mais ampla aplicabilidade da Teoria Integral de Proteção, em seu art. 4º.

Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende: a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias; b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública; c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais

¹⁵ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁶ BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal, 1988.

Assim, cabe analisar os concursos de beleza infantis a partir da ótica da Teoria da Proteção Integral. Logo, é válido ressaltar que, a ideia de proteção à saúde, ao respeito, à liberdade, abrangendo a proteção à dignidade, dada a razão do estudo aqui presente, sendo válido considerar o quão nocivo e problemáticos são os concursos de beleza, de modo que, desde sua preparação, incluindo maquiagens exageradas, bronzamento artificial, cílios postiços, até o dia da competição em si, onde meninas são submetidas a usar roupas extremamente erotizadas, com bordados exagerados, biquínis e vestidos curtos, percebe-se o infringimento à sua dignidade, afetando diretamente a saúde mental de crianças.

Acerca disso, vale refletir sobre o papel que os pais desempenham, de modo que ainda muitas crianças querem estar lá e se submeter, cabe aos pais limitar e considerar não ser uma atividade de cunho infantil, primordialmente pelo fato de que não há nada a agregar. Trata-se de contrapor o Poder Familiar/Parental para com o princípio da autonomia progressiva de crianças trazida pela Lei nº 8069/90.

Ademais, na grande maioria das vezes, essas meninas estão sendo postas a viver o sonho de seus pais. Tanto o é, que foi criado o termo "princesa por procuração" para denominar essa dinâmica social. A preocupação em relação a isso é que seus filhos podem principalmente se tornarem extensões narcisistas de suas mães, sendo privados de crescerem e se tornarem pessoas com valores, crenças e uma visão de mundo que não a apoiada que não transcendem a superficialidade dos concursos de beleza.

Assim sendo, é imprescindível ressaltar que tais condutas, buscam apenas beneficiar os pais, ou tão somente, os produtores dos concursos, lucrando e infringindo os direitos fundamentais, sobretudo por objetificar desde a infância corpos femininos, influenciando na formação e desenvolvimento de sua identidade e personalidade para com o mundo externo, indicando às meninas a velha ideia de validação social a partir do preenchimento de determinados padrões de beleza pré-concebidos.

Diante desse contexto, Zanello¹⁹ evoca a ideia das pedagogias afetivas/colonização afetiva como sendo as práticas culturais e sociais reiteradas que interferem nos processos de subjetivação, de forma que em uma sociedade sexista, os ideias binários de gênero são construídos nas práticas identitárias de crianças desde seu nascimento. Diante disso, afirma que

¹⁸ BRASIL, Lei nº Lei 8.069, 1990.

¹⁹ ZANELLO, Valeska. **Saúde mental, gênero e dispositivos: cultura e processos de subjetivação**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019.

tanto a literatura, quanto as revistas, como também o concurso de beleza objeto deste estudo, tratam-se de tecnologias de gênero que reforçam a pedagogia afetiva.

Consequentemente a isso, surge a necessidade de atingimento de tais padrões a qualquer custo, o que desencadeia, primordialmente, em transtornos alimentares que, conforme descreve Associação de Psiquiatria Americana²⁰, trata-se de um tumulto constante (na alimentação ou no proceder referente à alimentação que tem por consequência a ingestão ou absorvimento modificado de alimentos, dessa maneira, comprometendo consideravelmente a saúde física ou atividade psicossocial.

No mesmo sentido, ainda podem vir acompanhados do desenvolvimento de quadros patológicos de distorção corporal, bulimia, ansiedade e depressão. Sendo assim, resta identificado o cenário de violação direta ao desenvolvimento pleno e saudável de crianças e adolescentes, em total afronta à Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo buscou analisar se há violação aos direitos fundamentais de meninas a partir da análise do programa televisivo denominado de “Pequenas Misses”, sob a ótica da teoria da proteção integral. De início, observou-se que trata de um programa estadunidense, televisionado também no Brasil, a respeito de concursos de beleza femininos infantis e os bastidores por de trás.

Com isso, buscou-se identificar também como essas violações ocorrem, a partir da inserção de teorias feministas em conjunto com as análises de controle de corpos e dominação simbólica. Dessa maneira, quando se estuda os ideais de gênero e suas correlações com as referidas teorias de Foucault e Bordieu, percebe-se que a padronização de corpos constitui território fértil para a concretização da subjugação em razão do gênero.

Sendo assim, a partir da análise do programa televisivo, restaram identificados os mecanismos que agem sob às meninas em uma opressão estrutural, ou seja, que acompanha o desenvolvimento da sociedade. Assim, há que se refletir a respeito das origens, inclusive antropológicas e socioculturais que levam tanto meninas a quererem participar de tais concursos, quanto seus pais de as colocarem em tal posição.

²⁰ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnósticos e Estatístico de Transtornos mentais**. DSM-5. 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <http://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>. Acesso em 15 jul. 2022.

Dessa maneira, para além dos ideais binaristas de gênero acima abordados, em conjunto com o controle de corpos, a transmissão de tais concursos por intermédio de programas televisivos, sobretudo o caso do “Pequenas Misses”, influencia diretamente na vontade e necessidade de participação em tais competições com se saudáveis fossem, sem que as tenha a real consciência da comercialização que ocorre por de trás, objetificando o corpo infantil e, necessariamente, feminino.

Isto posto, alimento pelo entretenimento gerado por crianças sem amparo psicológico e sem suporte afetivo, o programa apenas contribui para o entendimento de que competições de beleza afetam diretamente na formação e no desenvolvimento cognitivo e psíquico das crianças, principalmente meninas. Dessa forma, restou constatada a violação direta aos seus direitos fundamentais, principalmente ao desenvolvimento pleno e saudável.

REFERÊNCIAS

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. **Manual Diagnósticos e Estatístico de Transtornos mentais**. DSM-5. 5 ed. Porto Alegre: Artmed, 2014. Disponível em: <http://www.institutopebioetica.com.br/documentos/manual-diagnostico-e-estatistico-de-transtornos-mentais-dsm-5.pdf>. Acesso em 15 jul. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

BORDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Tradução Fernando Tomaz. 2 ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispões sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 09 set. 2022.

BUTLER, Judith. **Gender trouble: Feminism and the subversion of identity**. New York: Routledge, 1990.

FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 26 ed. São Paulo: Graal, 2013.

SAFFIOTI, Heleith Iara. **O poder do macho**. São Paulo: Moderna, 1987.

SCOTT, Joan. **Gênero: uma categoria útil de análise histórica.** Educação & Realidade. Porto Alegre, v. 15, n. 2, p. 5-22, 1990.

WOLF, Naomi. **O Mito da Beleza:** como as imagens de beleza são usadas contra as mulheres. Tradução Waldea Barcellos. 11. ed. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 2020.

ZANELLO, Valeska. **Saúde mental, gênero e dispositivos:** cultura e processos de subjetivação. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Intrínseca, 2019.

PRECONCEITO E HOMOFOBIA NAS INSTITUIÇÕES DE SEGURANÇA PÚBLICA: DA DIFICULDADE DO DESEMPENHO DA ATIVIDADE POLICIAL PELOS HOMOSSEXUAIS

Carolina Goulart¹

Josiane Petry Faria²

INTRODUÇÃO

Distante de parecer uma tarefa fácil, a situação de estar em uma instituição de segurança pública, seja ela civil ou militar, e ser homossexual é desafiadora. O medo do preconceito e a homofobia leva a maioria dos policiais homoafetivos a ocultarem suas escolhas e condição. Aos que assumem sua identidade social, enfrentam dificuldades e atitudes preconceituosas, como se a opção sexual escolhida os colocasse em uma situação de inferioridade perante os demais colegas.

Diante da evidente dominação masculina na realidade das polícias brasileiras, onde a naturalização de uma cultura institucional na qual os atributos atrelados a masculinidade são fortalecidos e destacados a todo tempo, busca-se neste artigo compreender como se constitui a presença de policiais homoafetivos masculinos em um ambiente tão cheio de preconceito.

Em um ambiente tipicamente masculino, soa, para alguns, contraditória a escolha sexual assumida, como se, para garantir uma vaga no honroso mundo policial, uma das exigências fosse a condição de heterossexual. Em uma cultura que supervaloriza os poderes do macho que gera falsos conceitos e numerosos embaraços atrelando sexualidade a moral (BARCELLOS,2002)

Nesse contexto, aborda-se um assunto que é silenciado no universo das policias brasileiras, tentando compreender quais são as experiências vivenciadas e as dificuldades enfrentadas por estes policiais no desempenho de suas atividades em um ambiente tipicamente masculino pautado pelo machismo.

Nestes tão importantes órgãos de segurança pública, a dita “normalidade” das relações institucionais dá importância demasiada a características atreladas a virilidade e faz parecer

¹ Mestranda do PPGDireito e docente da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS, pesquisadora do Projeto de Pesquisa Dimensões do Poder, gênero e diversidade, Delegada da Polícia Civil do Rio Grande do Sul. Professora da Faculdade de Direito Endereço de e-mail:-carolinagoulart@upf.br

² Doutora em Direito com Pós-doutoramento pela Universidade Federal do Rio Grande, Professora Permanente do PPGDireito, Professora Titular da Faculdade de Direito, Coordenadora Geral do Projeto de Extensão Projur Mulher e Diversidade e do Projeto de Pesquisa Dimensões do Poder, Gênero e Diversidade. E-mail: jfaria@upf.br.

amoral que um homem com escolha sexual diferente desempenhe funções entre tantos outros heteros.

Por isso, esta pesquisa pretende observar, em um primeiro momento, como se deu a construção sócio-histórica da virilidade e porque ela é tão valorizada no ambiente policial, buscando compreender, numa etapa posterior, porque o reconhecimento da homafetividade é tão difícil para aqueles que desempenham a função policial, gerando descrença no orgulho de assumirem suas identidades afetivas e estigmatização do preconceito.

Procurou-se observar como indivíduos homoafetivos, se veem diante do orgulho de serem policiais e, ao mesmo tempo, sentirem-se envergonhados diante do olhar estigmatizado dos colegas de corporação e superiores hierárquicos. Essa visão compartilhada pela cultura policial militar enseja a construção de uma “Hierarquia da invisibilidade” onde preconceito e homofobia na formação policial social da masculinidade e da virilidade, características hipervalorizadas na à cultura da atividade policial, que constantemente enaltece a condição ser homem. (FRANÇA, 2016)

Quantos não serão os indivíduos homoafetivos que vivenciam o preconceito nestas instituições e silenciam suas dores e dilemas psicológicos, buscando tornarem-se profissionais respeitados a custas da negligencia de suas escolhas e desejos, apenas para atender a uma imposição cultural oriunda do sistema patriarcal, onde os valores masculinos são condição de exercício da função policial. Procurar tornar invisível sua identidade, negando publicamente sua escolha sexual e afetiva na busca por reconhecimento traz danos psíquicos irreparáveis e sensação de inferioridade.

Será possível, pela sociedade e pelos próprios integrantes destas forças de segurança, a construção de uma identidade coletiva que respeita escolhas, especialmente no tocante à condição homoafetiva. Há capacidade de criação de novas identidades sociais desprendidas do preconceito, onde a opção sexual é vista com respeito e jamais capaz de interferir em oportunidades de acesso e crescimento dentro das carreiras policiais; estas são alguma das perguntas que esta pesquisa pretende debater e dar visibilidade.

1. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DA MASCULINIDADE: MODELO IDEOLÓGICO DE ORGANIZAÇÃO SOCIAL ANCORADO NO MASCULINO (OU VIRILIDADE TALVEZ) COMO IDEALIZADOR DE UMA SOCIEDADE DE PROGRESSO

Historicamente, a homossexualidade figurou como questão social debatida em diversos momentos, primeiramente sendo considerada como pecado no campo da teologia, um crime no âmbito jurídico e uma doença psicológica para a medicina. Até alcançar sua atual condição de

orientação sexual equiparada à heterossexualidade, o caminho não foi fácil e muito precisou ser debatido para a atual mudança de paradigma que garantiu aos homossexuais serem reconhecidos com dignidade e respeito.

A sociedade disciplinar surgiu no século XVIII, como forma de controle dos corpos e das forças individuais por meio de uma tática política e militar adotada pelos países da Europa que estavam em ascensão, estabelecendo-se um processo civilizador significativo para a época atrelado a ideia de formação de uma máquina social cujas engrenagens baseavam-se na coerção (FOUCAULT, 1987)

O modelo militar de organização, pautado na ordem e na disciplina, influenciava demasiadamente a sociedade da época, cuja ideologia era garantir o progresso através da organização social, pacificando os costumes e disciplinando o corpo e mente, controlando instintos e desejos que não se adequassem aos modelos tradicionais. Padrões sociais da época não permitia ir de encontro aos desejos de Deus de gerar descendentes para dar continuidade a humanidade, reconhecendo-se apenas os heterossexuais como representação de ordem.

As sociedades da modernidade queriam eliminar suas impurezas de forma positiva para ordenar as coisas e colocá-las no seu devido lugar. O que se buscava era criar um padrão estético socialmente orientado pela higienização dos comportamentos e condutas, estabelecendo um referencial que passa a ser o ideal a ser alcançado. (DOUGLAS, 1976).

Assim, o modelo cultural Europeu da época baseava numa sociedade branca, cristã, masculina e heterossexual, estabelecendo-se uma construção social da masculinidade. Comportamentos indisciplinados revelavam uma degeneração moral e uma patologia que deveria ser tratada por profissionais médicos (OLIVEIRA, 2004)

No Brasil não foi diferente, o desejo compreendido com um instinto natural do homem representaria um atraso e uma volta ao passado, devendo por isso ser controlado para que o progresso da civilização fosse alcançado. Ao se tornar república, na busca de uma nação “Viril”, atrelou-se ao Estado a masculinidade, e, para se obter status e ser considerado um cidadão nacional era preciso ter uma vida orientada pelo comportamento tradicional, formado pelo casamento e a consequente formação de uma família, onde às mulheres caberia a educação das crianças e os cuidados do lar, aos homens é necessário ensinar o autocontrole e o desejo pelo sexo oposto (MISKOLCI, 2012).

Nesse imaginário marcado pela intolerância ao outro e ao diferente, cresce a aversão, o ódio, o desconforto em relação a pessoas homossexuais, principalmente quando elas são vistas desempenhando papéis e atividades que são consideradas tipicamente masculinas, como a função policial por exemplo. Homofobia é o termo que costuma ser empregado para referir-se ao conjunto de emoções negativas em relação a pessoas homossexuais, que em algumas

situações extrapolam a barreira da psique e se exteriorizam nas mais variadas formas de preconceito (JUNQUEIRA, 2007).

Sobre o conceito de homofobia:

A homofobia pode ser definida como hostilidade geral, psicológica e social contra aquelas e aqueles que, supostamente, sentem desejo ou têm práticas sexuais com indivíduos de seu próprio sexo. Forma específica do sexismo, a homofobia rejeita, igualmente, todos aqueles que não se conformam com o papel predeterminado para seu sexo biológico. (BORRILO. 2015, p.34)

Tais emoções negativas, muitas vezes se transformam num sistema de humilhações vivenciado no cotidiano e que se generaliza por meio da ação de indivíduos, grupos e instituições, conduta esta que constitui crime de racismo previsto pela Lei 7716/89, que prevê crimes de discriminação ou preconceito por raça, cor, etnia, religião e procedência nacional e, recentemente incluiu, através de decisão do STF, a discriminação por orientação sexual e identidade de gênero como mais uma forma de preconceito que deve ser tratada como criminosa.

Sobre a decisão do Supremo Tribunal Federal que, por oito votos a três, considerou que atos preconceituosos contra homossexuais e transexuais passariam a ser enquadrados no crime de racismo previsto pela Lei 7716/89, criminalizando assim a homofobia e a transfobia, podemos dizer que a mesma constitui um marco pela luta da diversidade no Brasil apesar das críticas que se trata de ativismo judicial exacerbado por parte daquele órgão judicial.

Embora seja de competência do Poder Legislativo, em razão do princípio da legalidade, a alteração legislativa que criminalize as condutas homofóbicas, ele tem permanecido refratário quanto à defesa dos direitos de minorias sexuais, o que levou, então, à busca pelo Poder Judiciário, que vem sendo acusado de promover um ativismo judicial, extrapolando sua esfera de competência. A referida discussão não é o tema central desta pesquisa e por isso não será debatida, considerando-se inaceitável a omissão no combate à intolerância em um país democrático como o Brasil.

Independentemente de onde surgiu a iniciativa de criminalização do preconceito homofóbico, inadmissível a humilhação ou diminuição de alguém em razão de sua escolha afetiva e sexual. Mesmo com todos os avanços, ainda é muito difícil para que os policiais homossexuais assumam suas identidades e escolhas, e muito desrespeito por parte dos colegas e superiores hierárquicos existe aos corajosos que assumem suas identidades homossexuais. Está mais do que na hora desta intolerância ser combatida de forma efetiva.

2. A VIRILIDADE COMO RÉGUA MEDIDORA DA QUALIDADE DA ATIVIDADE POLICIAL: A DIFICULDADE DOS HOMOSSEXUAIS NO DESEMPENHO DO TRABALHO POLICIAL

A aproximação entre a condição masculina e as carreiras policiais, tem sua origem no patriotismo e no nacionalismo que, com políticas reformistas do Exército, que buscou racionalizar burocraticamente o serviço militar obrigatório, fato ocorrido em 1916, transformou a instituição e trouxe prestígio. As mudanças demarcaram a busca por ascensão social pelos egressos na carreira militar baseada em emergentes padrões de masculinidade” (IZECKSOHN, 2013).

Assim, Ser militar e ser homem são atributos que se desenvolveram de maneira indissociável, de modo que a cultura militarista sempre procurou coibir o desejo atrelado às sexualidades indefinidas, interiorizando como mantra, principalmente nas escolas de formação, a importância de “ser macho” para o desenvolvimento e sucesso na carreira, estabelecendo ritos de validação da masculinidade e enaltecendo a condição de ser homem.

No fim do século XIX, As forças armadas brasileiras, formadas pelo trio exército, marinha e aeronáutica, se fortalecem e constituem uma identidade militar que perdura até hoje de que existe uma estreita relação entre militarismo e masculinidade, valorizando a virilidade como componente fundamental como caráter do militar. Muitos pais incentivam filhos a servirem as forças armadas para se “tronarem homens” e desenvolverem a masculinidade. (SANTOS, 2004).

Os órgãos de segurança pública são ambientes não afeitos à uma total liberdade de expressão e exigem uma postura exemplar de seus integrantes. Práticas discriminatórias pela presença de homossexuais nas corporações policiais fazem parte da afirmação do ideal de virilidade, predominando uma crença nativa de que ser policial militar é coisa de “sujeito homem”, pois, “a desejada macheza” e sua convincente demonstração para uma plateia policial vaidosa e exigente de seus dotes operam como um tipo de termômetro capaz de mensurar o grau de respeito e companheirismo obtido dos colegas de ofício. (MUNIZ, 1999).

Por causa destas crenças apreendidas e reforçadas na exteriorização de comportamentos heterossexuais, não se permite muitos espaços para quem é gay, com toda conotação pejorativa e carregada de preconceito que o termo revela, no ambiente policial. o homossexualismo é desprezado e, muitas vezes, classificado como um comportamento sexual desviante e destoante da atividade policial, sendo intolerado e considerado por alguns como incompatível com o exercício da profissão (MUNIZ, 1999)

Em uma crença sustentada pelo ideal social de virilidade, a imagem das instituições policiais e seus integrantes está estreitamente vinculada a masculinidade e atributos como força e coragem que parecem ser naturalmente atribuídos aos homens pela sociedade machista. A cultura policial assim, despreza e diminui tudo que for diferente, discriminando o homossexual

policial que se atreve a revelar sua opção e assumir sua identidade. É a imposição moral da virilidade como força que move as polícias como um todo.

O aparato coercitivo do Estado, como as forças policiais, que é usado como meio disciplinador da sociedade é um ambiente estreitamente masculino, apesar da crescente participação das mulheres que cada vez mais veem sendo aprovadas nos concursos públicos da área policial. Em relação aos homossexuais que resolvem ingressar nas referidas carreiras, muito preconceito precisa ser enfrentado já que, apesar do silêncio na discussão do tema, aspectos particulares da condição corporal atrelada a indivíduos homoafetivos como trejeitos feminilizados passam a ser repudiados e combatidos por não condizer com a postura militar (ANDRADE; FRANÇA, 2015).

São inúmeras as dores morais e o sofrimento advindo do preconceito sentido por alguns policiais homoafetivos que ingressaram nas carreiras policiais mesmo sabendo da existência do preconceito à homoafetividade neste ambiente tradicionalmente masculino. Mesmo se sentindo socialmente inferiorizados, o fazem em busca de reconhecimento e realização profissional, mas percebe-se que o medo de serem rotulados acompanha o cotidiano destes policiais, fazendo-os criar mecanismos de proteção e isolamento de sua vida social e profissional, aceitando, apáticos, humilhações e abandonando a luta pela aceitação de suas escolhas, muitas vezes deixando de lado o reconhecimento de si mesmos e abdicando da própria identidade.

A corajosa atitude do policial militar, integrante dos quadros da Polícia Militar do Distrito Federal, Henrique Harrison da Costa, que publicou uma foto beijando o então namorado, ao lado de duas colegas lésbicas, durante formatura da corporação em janeiro de 2022, gerou grande polêmica e também foi alvo de preconceito, necessitando abertura de inquérito policial para investigação de crime de homofobia praticados por colegas e superiores hierárquicos da corporação que ofenderam Henrique em grupo de WhatsApp alegando que a imagem da corporação estaria irreversivelmente maculada com a conduta praticada pelo policial. Apesar da Polícia Militar do Distrito Federal informar, na reportagem, que não coaduna ou apregoa quaisquer tipos de preconceito, alegando que os áudios manifestam uma opinião pessoal de determinados membros da corporação. No entanto, não autorizou nenhum integrante da Corporação a conceder entrevista sobre o assunto, demonstrando que, apesar da tentativa de afastar o preconceito, ele existe. (Portal G1, 2022)

Na prática, posturas corajosas como a de Henrique são raras e o comportamento da maioria dos policiais homossexuais é de ocultar sua opção sexual, fazendo do silêncio um espaço para a sobrevivência neste ambiente tão masculinizado. A resignação com a necessidade de ocultamento afetivo revela como o preconceito ainda permeia as forças de segurança, que valorizam demasiadamente a masculinidade e a virilidade e recriminam atitudes

que destoam desse padrão. Homossexuais enfrentam inúmeras dificuldades de aceitação nestes ambientes, e muitas vezes são desacreditados e humilhados no desempenho de suas funções.

O sentido do ideal de virilidade presente na consolidação da cultura policial faz com as instituições exijam uma postura 'de homem' por parte dos policiais, inclusive por parte das mulheres que muitas vezes se masculinizam em atitudes e fisicamente, na tentativa de enquadrarem-se em papéis idealizados como se não houvesse espaço para fragilidade e delicadeza neste tipo de atividade. É como se não houvesse espaço para o diferente e, ao assumirem identidades sociais e afetivas não tradicionais como a homossexualidade, são discriminados como aconteceu com Henrique, como se a condição homoafetiva não habilitasse ao desempenho da função policial

Infelizmente persiste, ainda, por parte de muitos policiais a ideia retrógrada de que determinadas funções estão ligadas a ideia de virilidade como um mecanismo de construção de masculinidades essencial ao desempenho de determinadas funções, o que não é verdade.

Esta imposição cultural, baseada em uma construção social da masculinidade, é injusta e discrimina aqueles que desejam integrar as forças de segurança impedindo-os de livremente assumirem suas identidades sociais e afetivas sem constrangimento. A exigência de demonstração de virilidade como condição de desempenho da função policial faz com que se diminua e desacredite aqueles que não se enquadram em papéis estigmatizado e vinculados a uma ideia obsoleta e ultrapassada de que atividade policial é melhor desempenhada pelo macho. Chega a hora de dar uma nova cara aos órgãos de segurança pública, onde não exista lugar para preconceito e discriminação e seja possível a todos aqueles vocacionados que desejarem desempenhar a nobre missão de ser policial, a liberdade de serem o que são sem sofrerem as dores da estigmatização próprios de uma hierarquia da invisibilidade

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A opção afetiva e sexual faz parte não só da constituição individual de cada ser humano, mas também está atrelada à designação de identidades e papéis na sociedade que se assume como forma de pertencimento e inserção no mundo social. Quando alguém passa a ser considerado desigual socialmente, por diferenças relacionadas a preferências afetivas, tem-se um conflito não fácil de resolução, definindo-se em alguns casos, pela visão culturalmente construída pela sociedade de uma hierarquia da invisibilidade, um estigma. Foi a partir dessa hierarquia estigmatizadora que buscamos debater o desempenho da função policial por indivíduos homoafetivos.

Uma mistura de orgulho de ser policial com vergonha diante do olhar do grupo pela sua escolha afetiva diferente é a sensação que acompanha policiais homossexuais integrantes dos órgãos policiais, já que existe uma forte cultura nesse ambiente que destaca a masculinidade e a virilidade, elementos supervalorizados que resultam numa construção social da masculinidade que enaltece a condição de homem e olha com preconceito o diferente.

Essa postura de inferiorização moral do homossexual nas instituições de segurança pública em nada acrescenta para a democratização das forças policiais, não deixando espaços para o reconhecimento do trabalho policial desvinculado de virilidade e fazendo com que ocorra a negação das subjetividades na esfera da emoção. Esse silêncio afetivo é doloroso e faz com que o policial homossexual crie uma série de mecanismos de defesa que alivie o sentimento de culpa, caracterizado pelas atitudes de resignação e apatia diante do processo estigmatizador.

Inaceitável a humilhação ou diminuição de alguém em razão de sua escolha sexual! Qualquer intolerância deve ser combatida de forma efetiva! Já está mais do que na hora de que paradigmas sejam quebrados e estigmas abandonados nos órgãos de segurança pública, que devem abrir para oportunidades de valorização a todos aqueles que se sintam vocacionados ao desempenho de importante missão que é a atividade policial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Nayhara Helena Pereira de; **FRANÇA**, Fábio Gomes de. Polícia militar, homossexualidade e preconceito: um estudo sobre a efetividade jurídica e a profissão policial. In.: **FRANÇA**, Fábio Gomes de; **SANTOS**, Carlos Eduardo Batista dos (Org.). Estudos em segurança pública: direitos humanos, polícia e violência. João Pessoa: Ideia, 2015.

BARCELLOS, Sergio. Alves Flavio. Toque de silêncio. Geração, 1997.

BORRILLO. Daniel HOMOFOBIA: História e crítica de um preconceito. tradução de Guilherme João de Freitas Teixeira/1.ed. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2015.

DOUGLAS, Mary. Pureza e perigo. São Paulo: Perspectiva, 1976.

FOUCAULT, Michel. Microfísica do Poder. São Paulo: Graal, 2009.

_____. Vigiar e punir: história das violências nas prisões. Rio de Janeiro: Vozes, 1987.

FRANÇA, Fábio Gomes. Hierarquia da invisibilidade”: preconceito e homofobia na formação policial militar. Rev. bras. segur. Pública. São Paulo v. 10, n. 2. 2016

FRANÇA, Fábio Gomes de; **GOMES**, Janaína Letícia de Farias. “Se não aguentar, corra!”: um estudo sobre a pedagogia do sofrimento em um curso policial militar. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 9, n. 2, ago/set 2015

IZECKSOHN, Vítor. Quando era perigoso ser homem: recrutamento compulsório, condição masculina e classificação social no Brasil. In.: DEL PRIORE, Mary; AMANTINO, Márcia (Org.). *História dos homens no Brasil*. São Paulo: Editora Unesp, 2013.

JUNQUEIRA, R. D. Homofobia: limites e possibilidades de um conceito em meio a disputas. *Revista Bagoas*, v. 1, n. 1, p. 1-22, 2007

MISKOLCI, Richard. O desejo da nação: masculinidade e branquitude no Brasil de fins do XIX. São Paulo: Annablume Editora, 2012.

MUNIZ, Jaqueline. “Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser”: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro. 1999. Tese (Doutorado em Ciência Política) -IUPERJ, Rio de Janeiro, 1999.

OLIVEIRA, Pedro Paulo de. A construção social da masculinidade. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ, 2004.

FERREIRA, Afonso. GALVÃO, Walder. Beijo gay em formatura da PM: Polícia Civil abre inquérito para investigar militar do DF suspeito de homofobia PORTAL G1, Distrito Federal, publicada em 01 de dezembro de 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/df/distrito-federal/noticia/2022/01/12/beijo-gay-em-formatura-da-pm-policia-civil-abre-inquerito-para-investigar-militar-do-df-suspeito-de-homofobia.ghtml>

SANTOS, Miriam de Oliveira. Berços de heróis: o papel das escolas militares na formação de “salvadores da pátria”. São Paulo: Annablume, 2004.

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS DECRETOS AUTÔNOMOS PARA SE DISPOR
SOBRE MEDIDAS DE ENFRENTAMENTO À COVID-19**

*THE (UN)CONSTITUTIONALITY OF AUTONOMOUS DECREES TO REGULATE
MEASURES AGAINST COVID-19*

Filipe Andros Brasil Siviero¹

Kauê Ruviaro Vieira²

RESUMO

A pandemia de COVID-19 pegou a todos de surpresa. Governos de todo o mundo tiveram de se apressar para regular as medidas sanitárias necessárias para fazer frente ao vírus, com pouca informação disponível. No processo, muitas garantias constitucionais básicas foram violadas. Posteriormente, porém, mesmo com muito mais informações sobre o vírus, algumas regulamentações ainda violam excessivamente os direitos das pessoas. Este é o caso dos chamados “decretos autônomos” como o Decreto Estadual n. 56.120/2021 do Estado do Rio Grande do Sul, que foi o principal objeto de estudo da presente pesquisa. Após estudar as competências legislativas dos entes federativos, os limites constitucionais dos decretos estaduais e o papel do Parlamento em prevenir abusos de poder do Executivo através do método hipotético-dedutivo e da pesquisa bibliográfica de jurisprudência, normas legais e doutrina, constatamos a inconstitucionalidade formal deste decreto, pois a matéria deveria ter sido regulada por lei e não por decreto.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Constitucional; Federação; COVID-19; Decretos Autônomos.

ABSTRACT

The COVID-19 pandemic took everyone by surprise. Governments all around the world had to hurriedly create the necessary health measures in order to face the virus, with little available information. In the process, many basic constitutional guarantees were violated. Later on, however, even with much more information about the virus, regulations were still made which excessively violate people's rights. This is the case of the so-called “autonomous decrees” such

¹ Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. E-mail: filipesiviero@mpf.mp.br.

² Mestrando em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade de Passo Fundo. Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: kaue.ruviaro@gmail.com.

as the State Decree n. 56.120/2021 of the Rio Grande do Sul State, the main study object of the current research. After studying what are the legislative competences of the Federation's components, the constitutional limits of state decrees and the Parliament's role in preventing power abuses from the Executive branch via the hypothetical-deductive method and the bibliographical research of precedents, statutes and law books, we have found the decree to be formally unconstitutional, since the matter should have been regulated by a statute, not a decree.

KEYWORDS: Constitutional Law; Federation; COVID-19; Autonomous Decrees.

INTRODUÇÃO

Em 31 de dezembro de 2019, a Organização Mundial da Saúde – OMS começou a receber relatórios de uma nova cepa de Corona vírus na cidade de Wuhan, China. Um mês depois, em 30 de janeiro de 2020, o organismo internacional declarou o surto como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional e em 11 de março do mesmo ano declarou-o uma Pandemia.³

Diante da urgência e da falta de informações que ainda se tinha com relação à doença, houve grande confusão em todo o mundo acerca de como proceder. Desta forma, nos primeiros tempos da pandemia, acabaram por ocorrer diversas violações de garantias constitucionais básicas, na medida em que governos nacionais e locais corriam para regulamentar o que fosse necessário, muitas vezes, de forma conflitante.

No Brasil, por exemplo, tivemos a controvérsia do conflito de competência entre estados e União, que foi solucionada pelo Supremo Tribunal Federal – STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341, na qual foi reafirmada a competência legislativa concorrente de todos os órgãos da federação.⁴

A decisão do STF, no entanto, não pode ser encarada como uma permissão para os governos locais fazerem o que bem entenderem, principalmente no que concerne os direitos dos cidadãos, sob pena de ingressarmos no território de medidas autoritárias e totalitárias.

O presente trabalho, portanto, visa debater a constitucionalidade das medidas de enfrentamento à COVID-19, em particular a questão dos chamados decretos autônomos que determinados órgãos da federação se valeram para criar restrições ao direito de ir e vir de seus cidadãos. O caso tratado mais a fundo será o do Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro

³ ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. **Histórico da pandemia de COVID-19**. OPAS, s/d. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 11 jan. 2022.

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 11 jan. 2022.

de 2021, promulgado muito depois de já haver passado o caos dos primeiros tempos da pandemia, o que torna eventuais violações constitucionais muito menos escusáveis.

1. ENTES DA FEDERAÇÃO E SUA COMPETÊNCIA

Não há como se falar de federação e entes da federação sem se falar de federalismo. O federalismo, na lição de Charles Durand, é “a busca da unidade na diversidade”⁵, isto é, através da união de diversos entes, cada um com características bastante distintas entre si, se cria algo completamente novo, uma federação.

A primeira federação moderna foi a dos EUA, que influenciou muito o federalismo em outros países, incluindo o Brasil, tanto que “não é possível discorrer atualmente sobre o federalismo sem considerar o avanço doutrinário e prático que essa forma de organização do Estado obteve nos Estados Unidos da América, o primeiro Estado moderno federal”.⁶

Entre as contribuições que mais nos interessam aqui são as da distribuição constitucional de competências entre os diversos membros da federação, caso em que se pode ter um federalismo dual ou cooperativo.

Enquanto o federalismo dual é mais rígido em relação a essa repartição de competências entre os entes partícipes da federação, o federalismo cooperativo apresenta áreas em que há competências comuns, o que faz com que os integrantes da federação implementem ações conjuntas. O federalismo cooperativo pode ser autoritário, quando capitaneado pela força da União, ou democrático, quando realmente há a formalização de acordos institucionais a fim de se efetivar a cooperação.⁷

Assim, no federalismo dual, as competências de cada ente da federação são específicas e distintas entre si. No federalismo cooperativo, por sua vez, existem áreas comuns em que todos os entes podem legislar em conjunto.

Isso é particularmente visível no caso da competência concorrente, na qual a União estabelece normas gerais, a partir das quais cada ente irá legislar, no seu âmbito, o modo de aplicação dessas normas.⁸

Para se fazer uma analogia, quando alguém joga uma pedra num lago, o impacto desta pedra na água gera uma série de ondas concêntricas. A pedra, aqui, representa a Constituição, da qual todas as “ondas” (leis) emanam. Os círculos de ondas centrais são as normas gerais da União, enquanto os círculos exteriores são as normas dos demais entes federados. Embora cada

⁵ Apud CORRALO, Giovanni. **Município: Autonomia na Federação Brasileira**, 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2014. p. 149.

⁶ CORRALO, Giovanni. **Município**. p. 117.

⁷ CORRALO, Giovanni. **Município**. p. 155.

⁸ BERCOVICI, Gilberto. As Competências Federativas e o Direito Econômico. In: BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPULVEDA, Antonio (Orgs.). **Federalismo: desafios contemporâneos**. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 23-24.

onda seja distinta entre si e ocupe um espaço geográfico distinto, ela depende das anteriores, pelo menos em termos de forma, pois uma onda externa não pode ser oval se a central é circular, por exemplo. Por outro lado, todas são igualmente importantes, visto serem partes de um mesmo todo e emanarem da mesma origem: a pedra ou, no caso, a Constituição.

Com a Constituição determinando as competências de cada ente, todos possuem autonomia, o que não quer, porém, liberdade absoluta para fazer o que quiserem⁹. Com esta autonomia, cada ente tem um poder/dever de legislar, dentro de sua esfera de competência, acerca de tudo o que disser respeito ao respectivo interesse que deve defender: local, no caso dos municípios, regional, no caso dos estados, e nacional, no caso da União.

Regra geral, a natureza do processo legislativo faz com que a lei criada atenda de maneira pelo menos satisfatória ao interesse que se propõe defender, mesmo que certos detalhes possam eventualmente ser melhorados. Por vezes, porém, a lei simplesmente não consegue fazer o que se propôs a fazer.

O jurista norte-americano Lon Louvois Fuller criou, em 1969, uma conhecida narrativa metafórica¹⁰ que ilustra oito principais formas de como mesmo uma lei bem-intencionada pode falhar em seu propósito, descrita resumidamente a seguir.

O Rei Rex subiu ao trono com a intenção de reformar completamente o ordenamento jurídico de seu reino. De pronto, revogou todas as leis então vigentes e passou a escrever um novo código. No entanto, logo percebeu que a sua capacidade de generalização e abstração era deficiente, então decretou que ele mesmo iria resolver todas as disputas do seu país, confiando em sua intuição. Seus julgamentos, porém, eram pautados por regras não-públicas e aplicadas retroativamente.

Diante das reclamações populares, Rex finalmente redigiu um código, mas extremamente obscuro, cujas regras não eram compreendidas por ninguém. Diante de novas reclamações, o rei foi forçado a buscar a ajuda dos melhores juristas do reino para redigir um novo código, com a instrução de que tornassem as suas regras mais claras, mas sem alterar sua substância. O novo código de fato era muito claro, mas cheio de contradições, forçando o rei, que já tinha perdido a paciência, a criar um outro código, claro, livre de contradições, mas extremamente draconiano: o prazo para se apresentar perante o rei fora reduzido de dez dias para dez segundos e o ato de espirrar, tossir ou soluçar na frente do rei fora tornado crime capital, e assim por diante.

⁹ CORRALO, Giovanni. **Município**. p. 186.

¹⁰ FULLER, Lon Louvois. **The Morality of Law**, capítulo II. Yale University Press: New Haven, 1969. Aqui se utiliza da tradução (parcial) elaborada pelo núcleo de Organização do Estado e do Direito 1 da EDESP, que está disponível em: <https://www.trabalhosfeitos.com/ensaios/As-Reformas-Do-Rei-Rex/73168315.html>. Acesso em: 16 nov. 2022.

A crueldade das penas e a impossibilidade de se cumprir algumas das disposições quase fez estourar uma revolução, então o rei foi forçado a criar mais um código, este sim livre de toda obscuridade, contradição ou impossibilidade fática ou jurídica. Infelizmente, porém, o longo período de tempo entre a revogação do ordenamento anterior e a redação final do código fez com que a situação cultural e econômica do reino já não fosse a mesma, forçando o código a passar por revisões constantes, gerando uma enorme insegurança jurídica. Por fim, descobriu-se que o rei e os oficiais encarregados de aplicar as novas regras não as seguiam, então os súditos passaram a também desrespeitá-las. Para o rei, isto foi demais, e ele sofreu uma crise nervosa, afastando-se da criação de leis por recomendação médica.

A bem-humorada narrativa criada por Fuller serve para ilustrar as oito principais formas de como mesmo uma lei bem-intencionada pode fracassar: por lhe faltar generalidade e abstração; por não tornar público o que espera que seus destinatários façam; por retroagir a atos e fatos passados; por falta de clareza em sua redação; por contradizer a si mesma; por demandar o impossível; por ser alterada frequentemente; e por haver discrepância entre o seu texto e a sua real aplicação.

2. O DECRETO ESTADUAL Nº 56.120/21

O Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021¹¹, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, impõe medidas que se entendem excessivamente restritivas sobre direito de ir e vir dos cidadãos gaúchos sem previsão legal que as ampare, ofendendo, assim o art. 5º, incisos II e XV, da CRFB¹².

Colhe-se do decreto, as seguintes disposições:

Art. 8º-A Poderá ser exigida comprovação de vacinação ou de testagem contra a COVID-19, para o ingresso e permanência no interior de estabelecimentos, eventos e/ou locais de uso coletivo, conforme disposto nos protocolos por atividades constantes no anexo

¹¹ RIO GRANDE DO SUL. **Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021**. Altera o Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e o Decreto nº 55.129, de 19 de março de 2020, que institui Gabinete de Crise para o Enfrentamento da Epidemia COVID-19, Conselho de Crise para o Enfrentamento da Epidemia COVID-19, Grupo Interinstitucional de Monitoramento das Ações de Prevenção e Mitigação dos efeitos do COVID-19 no Sistema Prisional do Estado do Rio Grande do Sul e Centro de Operação de Emergência - COVID 19 (COE COVID-19) do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-56120-2021-rio-grande-do-sul-altera-o-decreto-no-55-882-de-15-de-maio-de>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹² “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei; [...] XV - é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com 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: 12 jan. 2022.

Pois bem, o frenesi causado no mundo pela disseminação, mutação e progressão geométrica da área de influência do vírus da COVID-19 fez muitos países e governantes perderem de vista seus deveres constitucionais, ainda que sob o argumento de agirem proativamente contra um vírus de impacto global.

O medo sobre o incerto perdurou por muito tempo, fazendo com que medidas autoritárias fossem adotadas ao arrepio das constituições.

No Brasil, cidadãos foram impedidos de trabalhar e circular por praias e locais abertos, medidas como *lockdowns* e toques de recolher foram usadas por meio de decretos municipais e estaduais, como nunca antes fora adotado.

No entanto, a questão principal não está no conteúdo, mas na forma que tem sido adotada: o uso de decretos autônomos. A constatação de uma superioridade funcional da lei parlamentar, da aptidão estrutural do Parlamento para melhor debater e ponderar as questões controversas na sociedade e de um processo legislativo mais formal e laborioso possibilita a conclusão, baseada em pontos de referência constitucionais, de que as questões fundamentais de uma comunidade, pela sua importância, devem ser regulamentadas pelo Parlamento. Conforme a lógica constitucional, existiria um “núcleo duro” de proteção que pertence à reserva de lei formal, em que a Constituição confiou a limitação dos direitos fundamentais ao Parlamento por ser a lei formal “a melhor garantia desses mesmos valores.”¹⁴

A Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020¹⁵, estabeleceu, por exemplo, medidas não farmacológicas para o enfrentamento da pandemia, mas que geraram consequências nefastas ao ordenamento jurídico e à economia brasileira, uma vez que, sem a circulação de mercadorias e insumos, a demanda aumentou enquanto a oferta baixou, gerando um choque de preços à população mais carente.

Impedir a circulação de pessoas e bens é autoritário e gera perdas, principalmente à população mais carente, que não possui poupança para se defender dos efeitos inflacionários.

Por exemplo, o uso indiscriminado de *lockdowns* foi abusivo, uma vez que a normativa determinava que somente pessoas contaminadas ou suspeitas poderiam ser impedidas de circular. Não havia nenhuma hipótese de fechamento geral de cidades, por meio de barricadas

¹³ RIO GRANDE DO SUL. Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021.

¹⁴ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. São Paulo: Almedina, 2017. p. 235.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 12 jan. 2022.

ou impedimento de vendas de produtos ou mercadorias em lojas:

Art. 2º Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - isolamento: separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus; e

II - quarentena: restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.¹⁶

Quando o agente estatal, mediante um decreto impede o uso de uma propriedade, na verdade, ele está o requisitando, limitando ou até o desapropriando, sendo que a regra constitucional determina a devida reparação, nos termos do art. 5º, XXIV da CF.¹⁷

3. DECRETOS AUTÔNOMOS E LIMITES CONSTITUCIONAIS

A teoria do pré-compromisso de Jon Elster é uma aula para este momento em que vivemos, pois segundo a história contada por Homero, Odisseu foi advertido por Circe de que no caminho de volta para Ítaca encontraria sereias, cujo suave canto ao mesmo tempo em que fascina acaba por conduzir seus ouvintes rapidamente à morte, como denunciavam as pilhas de ossos que as cercavam. Em face de tal advertência, pediu aos companheiros de jornada que o amarrassem firmemente ao mastro da nau e que quando lhes fosse por ele pedido que o soltasse, então, que apertassem ainda mais as cordas que lhe prendiam.

"Essa passagem célebre ilustra a fragilidade da vontade humana diante das tentações que nos cercam e da necessidade de comprometimento prévio do ser humano de hoje com sua ação futura. Diante do medo, da angústia ou da lascívia, a racionalidade assume um caráter imediatista, o que justifica a prévia determinação do que se deve ou não fazer diante da tentação".¹⁸

O professor Paulo Gustavo Gonet Branco, nos ensina acerca da necessidade de se respeitarem as cláusulas pétreas em momentos em que a emoção e as circunstâncias impõe a necessidade de parcimônia, reflexão e respeito às formas previstas na Constituição.¹⁹

¹⁶ BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

¹⁷ "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;" BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

¹⁸ DAVID, Tiago Bitencourt de. **Ulisses, Jon Elster e a tentação (in)constitucional**. ConJur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-05/opiniao-ulisses-jon-elster-tentacao-inconstitucional?pagina=3>. Acesso em: 12 jan. 2022.

¹⁹ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cláusulas Pétreas. **Enciclopédia Jurídica da PUCSP**. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, ed. 1, abr./2017. s/p. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>. Acesso em: 12 jan. 2022.

O Supremo Tribunal Federal foi chamado a decidir sobre quais os limites e os deveres que os agentes públicos devem observar durante o enfrentamento da pandemia. Nesta senda, na ADI 6586, o Pretório Excelso fixou as regras que devem nortear a atuação do Estado:

(I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente;

(II) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.²⁰

Embora não se ignore que os entes federativos têm, cada qual, suas atribuições específicas, fato é que estão todos sujeitos à mesma Constituição da República, motivo pelo qual a ressalva acima assinalada, “desde que previstas em lei”, ganha importância ímpar, eis que o presente decreto ignora solenemente a autoridade e determinação do Supremo Tribunal Federal e invade competência exclusiva do Congresso Nacional.

Com efeito, verifica-se uma indevida restrição a direito fundamental, no caso, por ato normativo do poder executivo estadual.

A elaboração de legislação restritiva – como a situação é tratada na doutrina – onera o cidadão, de modo que não pode ser livremente imposta pelo titular do Poder Executivo.

A legislação restritiva é caracterizada, muitas vezes, por afetar desvantajosamente, de forma intencional e somente quando autorizada constitucionalmente, o âmbito de proteção dos direitos individuais, ou seja, “incide sobre a substância do direito fundamental já definida”.²¹

Com efeito, há limites a esse poder de criar restrições, sendo urgente esclarecer quais são, a fim de assegurar sua legitimidade e combater eventual abuso.

“[A] inevitável limitação dos direitos fundamentais aponta para a necessidade do estudo das restrições e dos limites ao poder limitador do Estado, como forma de resguardar a segurança jurídica inerente ao Estado de Direito”²²

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em: 12 jan. 2022.

²¹ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 95.

²² ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 104.

É interessante notar que a restrição aos direitos fundamentais do cidadão deve respeitar a forma prevista constitucionalmente, sob risco de se tornar a Constituição uma mera folha de papel, como lecionaria Ferdinand Lassale:

“Tais pressupostos de legitimidade do ato legislativo dividem-se em: (a) critérios formais, quais sejam, a observância da reserva de lei (...) (b) critérios materiais, que seriam o respeito ao núcleo essencial do direito fundamental e ao princípio da proporcionalidade em sua dimensão de proibição de excesso das medidas restritivas.”²³

Ferramenta que pode auxiliar na análise do cabimento das restrições é a teoria da essencialidade, desenvolvida pelo Tribunal Constitucional Alemão:

O parâmetro comumente utilizado pelo BverfG é o da intensidade da intervenção na esfera do direito fundamental. O critério da essencialidade tendo como referente a “realização dos direitos fundamentais” condiciona a validade e amplitude da reserva parlamentar também ao “alcance da proteção material dos direitos fundamentais.”²⁴

Outro critério que informa o princípio da essencialidade é o do caráter controverso da decisão política para a comunidade. Assim, ao Parlamento é dirigida uma “função de integração”, que o responsabiliza de ponderar e avaliar os diferentes interesses em confronto e chegar um resultado que otimize os interesses da comunidade em geral.²⁵

Embora se possa arguir que essa teoria teria aplicação limitada ao direito constitucional alemão, fato é que nossa Constituição também cria reserva absoluta ao parlamento para tratar de restrições de direitos fundamentais:

“... sendo aqui a reserva absoluta, tudo o que diga respeito aos direitos fundamentais deve ser regulamentado pelo legislador, sem haver espaço aparentemente, para discussões em torno do que pode ser transmitido ou não ao Poder Executivo regular.

[...]

Isso, porque a reserva absoluta de lei significa que o Parlamento não pode se limitar a emitir as bases gerais sobre o assunto e habilitar o Governo ao seu desenvolvimento (...).”²⁶

Ou seja, ainda que o quisesse, a Lei nº 13.979/20 não estabeleceu nenhuma possibilidade de passaporte sanitário. No mais, a referida normativa não poderia ser usada como cheque em branco, como uma espécie de delegação legislativa ao executivo para inovar, de forma abrupta, a cada semana, em cada espaço territorial.

Já houveram inúmeros decretos que, a cada semana, determinavam a forma e o modo de viver das pessoas que antes da pandemia, lembre-se, nunca foram usados como meios de cerceamento de liberdades e quando o foram, deveriam vir juntos de respectiva indenização.

²³ Apud ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 105.

²⁴ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 142-143.

²⁵ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 145.

²⁶ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 195.

É dizer, restrição de direitos de ir e vir, como a contida no decreto ora em análise, somente deve ser passada se feita por quem de direito e usando o meio adequado, pois a inovação restritiva de direitos fundamentais deve ser objeto de lei em sentido formal. Aliás, a interpretação sistemática da Constituição permite tal conclusão, já que, em alguns dispositivos,

...o legislador constituinte previu a necessidade da lei em sentido formal para as restrições de direitos fundamentais.

[...]

Assim de uma leitura unitária da Constituição e das normas de divisão de competências entre os órgãos constituídos, que centralizam o Parlamento como o órgão responsável pela função geral de emitir leis, é que se impõe a conclusão de que só a esse Poder cabe a decisão fundamental de inovar o ordenamento jurídico em sentido que afete desvantajosamente um direito fundamental. A matéria de restrição de direitos fundamentais é, também na Constituição brasileira, reservada à lei.²⁷

Ou seja, havendo restrição de direito fundamental – como é o presente caso, em que se está a restringir o direito do cidadão de ir e vir, ficar e permanecer – deve haver prévia discussão pelos representantes do povo, a ser feita no local adequado: o Parlamento.

4. O PAPEL DO PARLAMENTO EM COIBIR ABUSOS DO EXECUTIVO

Restrições a direitos fundamentais não se tratam de matéria que possa ser engenhada ao alvedrio de um governante, ainda que eleito democraticamente, pois formas devem ser respeitadas.

Assim, no que diz respeito à relação entre a lei e o regulamento no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, dir-se-ia que cabe à lei a imposição de restrição e à administração, ao regulamentar a matéria, solucionar ou especificar a execução da lei e, quando muito, agir no âmbito da definição e concretização dos conceitos técnicos, já não criando autonomamente “condutas típicas específicas ou sanções não previstas em lei”.²⁸

Por outro lado, o próprio Parlamento tem o dever proteger, sustando os atos normativos que exorbitem o poder regulamentar²⁹ e resguardar suas atribuições, não podendo delegar ao Poder Executivo uma decisão dessa magnitude. É dizer, pode-se extrair

duas consequências dos princípios da reserva de lei e da supremacia da lei na Constituição brasileira: primeiro, que o legislador ordinário não deve, na maioria dos casos, atribuir à administração poderes discricionários para decidir sobre os limites de direitos fundamentais e, ainda, que não pode ser delegada ao Poder Executivo a capacidade de legislar sobre restrições.

²⁷ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 205-206.

²⁸ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 207.

²⁹ “Art. 49. É da competência exclusiva do Congresso Nacional: [...] V - sustar os atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa;” BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**.

[...] no campo das restrições aos direitos fundamentais, não é concedida à administração discricionariedade quanto à definição dos “pressupostos de fato”, ou seja, a definição do “conteúdo, fins, tempo e medida” da restrição devem ser aferidas primariamente pelo Parlamento.³⁰

Logo, o presente decreto invade competência exclusiva de lei formal, sendo evidente sua inconstitucionalidade, conforme já determinou o Supremo Tribunal Federal, nos termos da ADI nº 6586, já referida.

No mais, segundo Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, a reserva de lei restritiva impõe que a intervenção limitadora da administração em direitos fundamentais deve ser precedida de lei autorizadora que contenha “determinações quanto ao conteúdo, fins, tempo e medida da matéria a regular pela Administração”.³¹

Nesse sentido é a doutrina majoritária, segundo o eminente Ministro Gilmar Mendes, quando se refere ao entendimento de “que há delegação indevida quando se permite ao regulamento inovar inicialmente na ordem jurídica, atribuindo-se-lhe a definição de requisitos necessários ao surgimento do direito, dever, obrigação ou restrição”.³²

Pode-se concluir, sem sombras de dúvidas, que a lei é o “ato oficial de maior realce na vida política” no Estado brasileiro, meio pelo qual são tomadas as decisões políticas essenciais e proporcionada ao cidadão a previsibilidade da imposição inovadora de direitos e obrigações, e sendo o Congresso Nacional que detém a primazia de sua emissão, é ele, também na Constituição brasileira, o órgão eleito como capaz de “transformar questões fundamentais da vida coletiva em vontade política.”³³

Nesse sentido, entende-se importante a utilização dos critérios da teoria da essencialidade para saber quando deve ser aplicada a reserva de lei parlamentar, ou seja, considerando o “conteúdo da norma” que incidirá sobre a matéria de direitos fundamentais, pondera-se a relevância da intervenção da decisão no âmbito do direito e a decorrente exigência ou não dos benefícios proporcionados pelo processo parlamentar.

A competência do Parlamento Federal para tomar as decisões essenciais é, portanto, sustentada pelo argumento de que ele é o órgão responsável pela emissão das leis em geral nesses textos jurídicos, além daqueles utilizados pela teoria da essencialidade, quais sejam, a

³⁰ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 208.

³¹ BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. **Comentários à Constituição do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2018. 2º Volume. p. 32 e 36.

³² MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. **Revista Eletrônica da Reforma do Estado**, ed. 11, set. out. nov./2007. p. 14. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/questoes-fundamentais-de-tecnica-legislativa>. Acesso em: 12 jan. 2022.

³³ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 216.

explicação de uma primazia do Parlamento em razão dos princípios de Estado de Direito e Democrático.

Veja-se que a Constituição impede o uso de medidas provisórias e leis delegadas para tratar de assuntos essenciais que afetem à vida da população e que deste modo existe obrigatoriedade de tratamento da matéria de restrição aos direitos fundamentais somente por meio de lei formal e seguindo o processo legislativo próprio do Poder Legislativo.³⁴

A conjugação desses elementos proporciona a definição de um âmbito de atuação do Parlamento em que sua decisão “não pode ser substituída ou essencialmente determinada pela decisão de outro órgão”. Nesse sentido, é com base na composição plural do Parlamento, na eleição direta de seus membros, no fato de haver a representação dos grupos minoritários e na transparência e especialidade de seu processo decisório que as decisões que carecem de “um elevado grau de legitimação” são a ele atribuídas. Pois, o fato de o Parlamento servir como “fórum” para o debate e a ponderação dos compromissos e das necessidades dos cidadãos, sendo a instituição que legitima democraticamente as medidas estatais em razão de sua estrutura e processo, faz com que a primazia da lei seja a “expressão primária da forma de estado democrático.”³⁵

Em arremate, dada a magnitude do abalo ao direito fundamental de liberdade do cidadão, não se pode permitir que essa decisão seja tomada por órgão que não seja o Poder Legislativo, pois quanto mais intensiva a restrição ao direito fundamental, maior deve ser a determinação da norma exigida. Dir-se-ia que é tarefa do legislador ordinário responder à questão de se, até onde e como pode o Estado intervir na liberdade do cidadão, ponderando o interesse individual e o bem comunitário a ele contraposto, antevendo, da forma mais precisa possível, a atuação do Executivo no caso concreto.³⁶

5. O VÍCIO FORMAL INSUPERÁVEL NO DECRETO ESTADUAL Nº 56.120/21

Deste modo, poder-se-ia partir da afirmação de que politicamente controversas são as questões em que os grupos relevantes da sociedade divergem quanto a pontos fundamentais ou detalhes importantes. Um forte indício para identificar a importância política de uma questão é mensurar o tamanho do círculo de pessoas afetadas pela regulamentação que é este caso do passaporte sanitário. Dir-se-ia mesmo que “é possível a concessão de espaço discricionário à

³⁴ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 219.

³⁵ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 232.

³⁶ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 236.

administração no âmbito das restrições aos direitos fundamentais, desde que relativamente a aspectos secundários da regulamentação que não altere a previsão legal restritiva.”³⁷

E veja-se que não se está a criar casuísmo para buscar interferir em política pública estadual. O que se busca, efetivamente, é assegurar que não haja extrapolação das atribuições regulamentares do Governador do Rio Grande do Sul.

Assim, havendo regra constitucional clara sobre a proteção do direito de liberdade, que condiciona o fazer e o não fazer do cidadão à existência de lei, bem como o direito de ir e vir em tempos de paz, e a necessidade de indenização pelo uso de espaços privados, esta regra não pode ser ignorada com base em um suposto princípio de primazia do interesse público, num cheque em branco, haja vista que, conforme excelente lição de Humberto Ávila, no embate entre regra constitucional e princípio constitucional, a proeminência é da primeira:

...regras possuem uma rigidez maior, na medida em que a sua superação só é admissível se houver razões suficientemente fortes para tanto, que na própria finalidade subjacente à regra, quer nos princípios superiores a ela. Daí porque as regras só podem ser superadas (*defeasibility of rules*) se houver razões extraordinárias para isso, cuja avaliação perpassa o postulado da razoabilidade, adiante analisado. A expressão “trincheira” bem revela o obstáculo que as regras criam para sua superação, bem maior do que aquele criado por um princípio. Esse é o motivo pelo qual, se houver um conflito real entre um princípio e uma regra de mesmo nível hierárquico, deverá prevalecer a regra e, não, o princípio, dada a função decisiva que qualifica a primeira. A regra consiste numa espécie de decisão parlamentar preliminar acerca de um conflito de interesses e, por isso mesmo, deve prevalecer em caso de conflito com uma norma imediatamente complementar, como é o caso dos princípios. Daí a função eficaz de trincheira das regras.

[...]

Sendo assim, mais reprovável é descumprir aquilo que “se sabia” dever cumprir. Quanto maior for o grau de conhecimento prévio do dever, tanto maior a reprovabilidade da transgressão.³⁸

Assim, por tudo o que foi narrado, parece restar clara a inconstitucionalidade do art. 8º-A do Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, por inovar no ordenamento jurídico, sem lei formal prévia que estabelecesse o passaporte sanitário.

³⁷ ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. p. 253-256.

³⁸ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. p. 131.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pandemia de COVID-19 pegou o mundo todo de surpresa. Governos e indivíduos de todo o mundo tiveram que se adaptar rapidamente à nova situação, mesmo com uma aguda falta de informações sobre a nova doença. Diante da urgência de se regulamentar medidas sanitárias que retardassem o avanço do vírus e salvassem vidas, muitas garantias constitucionais básicas sofreram violações, algumas mais justificáveis outras menos.

No entanto, com o tempo, se obteve mais informações e, se a situação não foi totalmente controlada, pelo menos os indivíduos e os governos obtiveram um maior nível de entendimento sobre como salvaguardar a saúde de todos sem causar impactos negativos excessivos nos outros aspectos de suas vidas. Não obstante, as regulamentações ainda permanecem e elas ainda oferecem óbices ao exercício dos direitos fundamentais das pessoas.

No estudo ora desenvolvido, buscou-se analisar a constitucionalidade do Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021, do Governo do Estado do Rio Grande do Sul, que impôs restrições ao direito de ir e vir dos cidadãos gaúchos.

Para abordar o problema, em primeiro lugar foi estudada a questão das competências dos diferentes entes da federação, de acordo com a repartição constante da Constituição Federal; depois, se estudou o decreto em si; a questão dos chamados decretos autônomos ante o regime constitucional brasileiro; o papel do Parlamento na fiscalização da atividade do Executivo; e, por fim, constatou-se a inconstitucionalidade formal do decreto ora em estudo.

Cabe ressaltar que, muito embora apenas um decreto de um dos estados da federação brasileira tenha sido objeto de estudo aqui, entende-se que a mesma análise poderia ser utilizada para se avaliar a constitucionalidade de outros decretos de outras unidades da federação que tratam sobre o enfrentamento à COVID-19, algo que se entende ser uma excelente problemática para pesquisas futuras.

REFERÊNCIAS

ABRAHÃO, Marcela Rosa. As restrições aos direitos fundamentais por ato normativo do poder executivo. São Paulo: Almedina, 2017. 302p.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 20ª ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2021. 240p.

BASTOS, Celso Ribeiro; MARTINS, Ives Gandra. Comentários à Constituição do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2018. 2º Volume.

BERCOVICI, Gilberto. As Competências Federativas e o Direito Econômico. *In*: BOLONHA, Carlos; LIZIERO, Leonam; SEPULVEDA, Antonio (Orgs.). Federalismo: desafios contemporâneos. Porto Alegre: Editora Fi, 2019. p. 19-34.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Cláusulas Pétreas. Enciclopédia Jurídica da PUCSP. Tomo Direito Administrativo e Constitucional, ed. 1, abr./2017. s/p. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/21/edicao-1/clausulas-petreas>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.341. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro André Mendonça. Brasília, 15 de abril de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.586. Requerente: Partido Democrático Trabalhista – PDT. Intimado: Presidente da República. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 17 de dezembro de 2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6033038>. Acesso em: 16 nov. 2022.

CORRALO, Giovanni. Município: Autonomia na Federação Brasileira, 2ª ed. rev. atual. Curitiba: Juruá, 2014. 270p.

DAVID, Tiago Bitencourt de. Ulisses, Jon Elster e a tentação (in)constitucional. ConJur, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-jan-05/opiniao-ulisses-jon-elster-tentacao-inconstitucional>. Acesso em: 16 nov. 2022.

FULLER, Lon Louvois. The Morality of Law. New Haven, Connecticut: Yale University Press, 1969. 215p.

MENDES, Gilmar Ferreira. Questões fundamentais de técnica legislativa. Revista Eletrônica da Reforma do Estado, ed. 11, set. out. nov./2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/artigo/gilmar-mendes/questoes-fundamentais-de-tecnica-legislativa>. Acesso em: 16 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE. Histórico da pandemia de COVID-19. OPAS, s/d. Disponível em: <https://www.paho.org/pt/covid19/historico-da-pandemia-covid-19>. Acesso em: 16 nov. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Decreto Estadual nº 56.120, de 29 de setembro de 2021. Altera o Decreto nº 55.882, de 15 de maio de 2021, que institui o Sistema de Avisos, Alertas e Ações para fins de monitoramento, prevenção e enfrentamento à pandemia de COVID-19 no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul e o Decreto nº 55.129, de 19 de março de 2020, que institui Gabinete de Crise para o Enfrentamento da Epidemia COVID-19, Conselho de Crise para o Enfrentamento da Epidemia COVID-19, Grupo Interinstitucional de Monitoramento das Ações de Prevenção e Mitigação dos efeitos do COVID-19 no Sistema Prisional do Estado do Rio Grande do Sul e Centro de Operação de Emergência - COVID 19 (COE COVID-19) do Estado do Rio Grande do Sul. Disponível em: <https://leisestaduais.com.br/rs/decreto-n-56120-2021-rio-grande-do-sul-altera-o-decreto-no-55-882-de-15-de-maio-de>. Acesso em: 16 nov. 2022

ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS: POR QUE UMA ÉTICA DO DISCURSO?

BETWEEN LIBERALS AND COMMUNITARIANS: WHY AN ETHICS OF DISCOURSE?

Marcio Renan Hamel¹

Maria Eduarda Braga Moraes²

RESUMO

O presente texto aborda a reflexão acerca das políticas públicas elaboradas no Brasil voltadas aos grupos e minorias sociais, as quais têm recebido muita ênfase do governo federal em detrimento do todo da sociedade brasileira. Além disso, busca refletir, também, sobre o crescente fenômeno da judicialização da política no contexto brasileiro, bem como a falta de ação dos poderes legislativo e executivo quanto à execução de direitos básicos de todo o cidadão. O artigo tem como fio condutor a análise da viabilidade do potencial emancipatório presente na ética do discurso, a partir da abordagem da pragmática formal (Habermas) e da pragmática transcendental (Apel), como uma terceira via possível entre as teorias liberais e comunitaristas no que tange a maneira pela qual se pode construir determinadas políticas públicas, no intuito de salvaguardar os direitos básicos de todos os cidadãos brasileiros, inclusive o direito de participação e de ser ouvido, principalmente daqueles que não pertencem a determinado movimento social ou minoria.

PALAVRAS-CHAVE: Ética do discurso; Políticas públicas; Pragmática formal; Pragmática transcendental.

ABSTRACT

This text addresses the reflection on public policies elaborated in Brazil aimed at social groups and minorities, which have received much emphasis from the federal government to the detriment of the whole of Brazilian society. In addition, it also seeks to reflect on the growing phenomenon of the judicialization of politics in the Brazilian context, as well as the lack of action of the legislative and executive powers on the enforcement of basic rights of the whole citizen. The guiding thread of the article is the analysis of the viability of the emancipatory potential present in the ethics of discourse, from the approach of formal pragmatics (Habermas) and transcendental pragmatics (Apel), as a possible third way between liberal and communitarian

¹ Pós-Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela URI/Santo Ângelo. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela Uff/RJ, Mestre em Desenvolvimento pela Unijuí. Professor do PPGDireito e da Escola de Ciências Jurídicas UPF. E-mail: marcio@upf.br.

² 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.

theories regarding the way in which certain public policies can be constructed, in order to safeguard the basic rights of all Brazilian citizens, including the right to participate and to be heard, those who do not belong to a particular social movement or minority.

KEY-WORDS: Discourse ethics; Public policies; Formal pragmatics; Transcendental pragmatics.

INTRODUÇÃO

O protagonismo do Poder Judiciário ocorrido no Brasil recentemente, quer por inoperância do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, tem causado uma celeuma no país por parte de políticos insatisfeitos com a atuação do Judiciário, o que vem sendo denominado de ativismo judicial.

Em um país onde milhões de brasileiros esperam por políticas públicas sérias e competentes em vários setores, como saúde, educação e segurança para dizer o mínimo, sem entrar na questão tributária e da sua redistribuição com fim de alcançar maior igualdade no pagamento e distribuição justa e equitativa dos tributos, bem como a extinção de algumas categorias tributárias em excesso, a necessidade da construção de penitenciárias seguras e com condições de oferecer ressocialização aos apenados, o caos do transporte público, a vergonha dos aeroportos, a falta de ferrovias, o desperdício do dinheiro público em elefantes brancos Brasil a fora, a inovação tecnológica para novas formas de produção de energia limpa e renovável que não hidroelétricas perigosas e retrógradas, levam a refletir o trabalho dos Poderes Legislativo e Executivo no Brasil.

Há uma clara e urgente necessidade de uma revisão da democracia, com aumento da participação popular na política do país, posto que, a legitimidade democrática em sociedades complexas como as contemporâneas não se termina no momento do voto ou no direito político do sufrágio universal, mas contrariamente, no próprio reconhecimento da democracia enquanto um direito humano fundamental e, dessa forma, constitucional. O alto grau de diversidade cultural que paira sobre as sociedades de início do século XXI requer novas e comprometidas políticas públicas por parte dos governos, ao mesmo tempo em que continua presente a questão acerca da legitimidade das leis positivas. Cada vez mais, o Congresso Nacional se faz por bancadas religiosas, ruralistas e aquelas tradicionais que possuem política conservadora no sentido da manutenção do *status quo* vigente sem muita preocupação com a busca pela igualdade e inclusão social.

Com este quadro, a discussão política do país acaba sempre girando em torno de interesses de grupos dominantes, com raras exceções, prejudicando a maioria da população

brasileira, pobre e discriminada em vários sentidos. Há algum tempo que a política vem se distanciando, ou poderia se dizer, negligenciando, demandas sociais que esperam por respostas urgentes, mas que as bancadas religiosas e forças conservadoras da política nacional cujos interesses são outros não discutem e, sequer, mostram preocupação. São políticas setoriais, como a questão que envolve as reformas tributária e política do país, o tema da redistribuição das riquezas, a reforma agrária, entre outras demandas que esperam por discussão e respostas.

Para estes enfrentamentos, defende-se uma proposta de nova política para a realidade brasileira, a fim de que o país não fique refém do parlamento e da inoperância do Executivo, mas também que não tenhamos sempre o Judiciário como protagonista principal da cena sócio-política, de forma que o Judiciário como bem relatou Ingeborg Maus, não pode sempre ser o superego da sociedade. Ao Judiciário, cabe garantir as regras do jogo democrático, mas ante a inoperância dos outros dois poderes no Brasil acaba tomando a dianteira em respostas que a própria democracia deveria oferecer. Por isso, não se pode temer às democracias de massas, assim como alguns primeiros representantes da teoria crítica o fizeram, mas apostar que, em sociedades complexas, a democracia e o aumento da participação popular são caminhos necessários que a política deve absorver, sob pena de cada vez mais incorrer em distanciamento dos anseios populares frente aos debates parlamentares.

Assim, o caminho escolhido é o de sustentar que se necessita de uma ética do discurso e que, diferentemente, das defesas do liberalismo igualitário e dos comunitaristas, é por meio do discurso livre de coação que as demandas devem ser debatidas no interior da sociedade, não só no sentido de se alcançar a legitimidade das leis (Habermas), mas também como meio de levar ao povo a refletir por meio de uma ética da corresponsabilidade (Apel).

1. A CRISE DO DIREITO, DA POLÍTICA E DA DEMOCRACIA

Ao se adentrar no século XXI, nota-se que, tanto em nível nacional quanto internacional, as questões resultantes do processo da globalização, conforme José Eduardo Faria³, tais como: novas formas de organizações econômicas, reordenação da riqueza, transnacionalização dos mercados, mobilidade ilimitada pela circulação de capitais privados, extraordinário desenvolvimento das telecomunicações, estão afetando veementemente a estrutura e o alcance do direito positivo. É inegável que o positivismo jurídico contemporâneo, através de seu modo de produção do Direito, não consegue absorver as tensões oriundas desse processo complexo, tampouco consegue garantir aos sujeitos o direito de cidadania, não respaldando, dessa

³ FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002, p. 59.

maneira, a dignidade humana. Soma-se às questões abordadas por Faria, a forte onda neoliberal que, aliada ao processo de globalização, acaba por colocar em “colapso” a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais e do próprio ordenamento jurídico.

Sem dúvida, o grande desafio deste século é a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais, dos quais todos os sujeitos são destinatários. Toda essa problemática implica no exercício da cidadania plena, o que é possível, no caso de alguns direitos fundamentais, através da produção de políticas públicas satisfatórias, para que os sujeitos sejam portadores de uma cidadania ativa, encontrando o gozo dos direitos fundamentais enquanto dimensão da natureza humana. O propósito, então, é claro: trata-se de encontrar um meio para dirimir/eliminar a tensão existente entre facticidade e validade, o que, conforme Habermas⁴, é possível através da razão comunicativa, uma vez que a mesma não está adstrita a nenhum macro sujeito sociopolítico, sendo que a sua possibilidade se dá de maneira comunicativa, onde as interações se interligam e as formas de vida se estruturam.

Conforme enunciou Bobbio⁵, o debate sobre os direitos do homem em nossa era alcança maior amplitude e intensidade, sendo que se torna um sinal claro do que ele chama de “progresso moral da humanidade”, resguardadas as suas inspirações particulares em torno da *Metafísica dos Costumes* de Kant. Com efeito, o “progresso moral da humanidade”, referido pelo *jusfilósofo* italiano, terá sequência se, e tão-somente se, a sociedade atual for capaz de reexaminar os direitos fundamentais enquanto dimensão da natureza humana, com vistas à realização da dignidade humana. Do contrário, não passará de mero fantasma da positividade.

Nesse particular, necessário se faz a busca dos pressupostos dessa realização, o que implica, sem dúvida, em dois requisitos essenciais: primeiro, há a necessidade de romper o positivismo contemporâneo, buscando-se um novo modo de produção do Direito e, segundo, também a necessidade de romper os cânones da concepção clássica de democracia, passando-se à maior implementação de uma democracia mais participativa, concomitante ao regime representativo.

Todavia, para a realização desses dois pressupostos, torna-se indispensável a ampliação dos debates acerca dos direitos de cidadania, fato esse, que de acordo com Flickinger é marcado por duas vertentes principais:

Há por um lado, quem aposte cegamente nos efeitos positivos da luta pelo espaço disponível para o exercício da cidadania plena. Esses acreditam na possibilidade de assim promover a política abrangente de inclusão social de grupos sociais desfavorecidos. Por

⁴ HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung:** Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992, p. 20.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 52.

outro lado, outros há que não hesitam em denunciar tais caminhos de legalidade do agir (e o direito de cidadania deles faz parte importante) como manobras enganadoras que levariam a ilusões vazias. Esses alegam que o direito liberal, desde sempre, teria compactuado, devido a própria racionalidade que lhe é inerente, com os interesses predominantes da sociedade capitalista, sobretudo na linha de sua concepção neoliberal.⁶

A questão, então, é alcançar o reconhecimento de demandas sociais oriundas do espaço público, ainda que para tanto, torne-se necessário decidir qual das posições é a mais conveniente ou ainda, qual delas é que está mais bem fundamentada racionalmente.

Em recente artigo sobre a judicialização da política e a democracia no Brasil, Sousa⁷ avalia o protagonismo do Judiciário, especialmente, do Supremo Tribunal Federal a partir do caso do “mensalão”, cujo fato, segundo o autor, convida-nos a repensar o papel do Direito no mundo contemporâneo e sua influência política em determinadas questões.

Para Sousa⁸, o problema de encontrar fundamentos para uma sociedade justa requer uma reflexão sobre onde se assentariam as bases de tal justiça. O fato é que o ativismo judicial se apresenta ante a rarefação dos mecanismos tradicionais de atuação política, de forma que há um déficit por parte dos demais poderes, culminando com a perda de efetividade da política na estruturação da vida e a atuação do Judiciário com vistas a dar respostas aos anseios particulares da sociedade civil.

Veja-se que a diversidade cultural no Estado brasileiro é acentuada, pois o Brasil tem descendentes de quilombos, indígenas, colonos, descendentes de várias etnias como alemães, italianos, portugueses, judeus, poloneses, japoneses, holandeses, sírios, turcos, entre outras, que aqui se encontram há muito tempo, fazendo do Brasil um país verdadeiramente multicultural desde sua formação. Ainda existe a profissão de várias religiões, como católicos, evangélicos, protestantes, kardecistas, umbanda, candomblé, islamismo, judaísmo, enfim, uma diversidade significativa do ponto de vista teológico.

Por óbvio, as histórias de todos estes grupos não são iguais, a chegada de alguns ao Brasil se deram em situações de caos em seus países, como aqueles que vieram fugidos da segunda guerra mundial, por exemplo; ou aqueles que vieram em navios negreiros para o fim de servir a um senhor como escravo. Outros vieram em busca de prosperidade e trabalho. Soma-se a isso o fato de que no Brasil há uma desigualdade social significativa em vários setores, o econômico talvez seja o principal e, por razões incontroversas, é que o país precisa de uma

⁶ FLICKINGER, Hans-Georg. **Em nome da liberdade**: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003, p. 143.

⁷ SOUSA, Diogo Tourino. A judicialização da política e a democracia no Brasil. **Sociologia**. São Paulo, ano IV, n.45, fev./mar.2013, p. 37.

⁸ SOUSA, Diogo Tourino. A judicialização da política e a democracia no Brasil. **Sociologia**. São Paulo, ano IV, n.45, fev./mar.2013, p. 48.

redistribuição de riquezas, mas, também de melhores oportunidades sociais para que se possa garantir a inclusão. Mas a tão almejada inclusão não deve ser somente de alguns, ou de nominados grupos ou movimentos sociais, mas de todos e cada um em particular.

Preocupa, dessa forma, algumas políticas públicas que os governos vêm adotando no Brasil, passando pelos governos da social democracia e, recentemente, pelos governos do partido dos trabalhadores, onde a busca da igualdade ignora particularidades outras que são afetadas por políticas que urgem ser repensadas. A defesa em primazia de determinados grupos sociais em detrimento ao todo desrespeita a sociedade e acentua a diferença, ao passo que uma teoria da justiça social deve levar em conta o povo e suas manifestações, suas reivindicações e, principalmente, sua participação na elaboração de políticas públicas, sob pena de incorrerem em um comunitarismo às avessas a fim de nos salvarmos de um liberalismo excessivamente voraz excludente.

Preocupa, também, do ponto de vista psicológico e sociológico, uma possível criação no Brasil de uma espécie de categoria universal da vítima, o que levaria novamente a uma crise social muito grande no que diz respeito aos valores, aos direitos e ao próprio sentido do direito. Há que se levar em consideração o fato de que a democracia não existe somente para absorver demandas de grupos (também, mas não só), entretanto, de todos os cidadãos brasileiros.

Em razão do excesso de políticas públicas setorializadas, muitas das decisões do Poder Judiciário são acertadas, mormente no que diz respeito à saúde e outras demandas individuais. O fato é que a inoperância do Poder Legislativo no Brasil é homérica, muita demora na discussão de questões urgentes e elaboração errada de políticas públicas sociais juntamente com o Executivo, necessitando-se pensar um modelo de inclusão que ajude a incluir e não excluir e, portanto, a busca pela inclusão do outro e de cada indivíduo em particular somente será realizada por meio de procedimentos ético-discursivos, capazes de qualificar a democracia participativa e dando vozes a todos.

Parece que no Brasil, busca-se satisfazer as demandas de determinados grupos sociais, por meio de políticas públicas educacionais e sociais, por exemplo. Tanto em uma quanto em outra situação o principal será buscar a emancipação social do indivíduo, de forma que ele se torne sujeito autônomo, capaz de trabalho e produção, e não um dependente do Estado no sentido econômico sem que ele possa evoluir socialmente. Em outro sentido, as políticas que visam garantir os direitos de determinados grupos sociais não podem desconsiderar a afetação às demais pessoas que também convivem no mesmo espaço público, de forma que, atender às reivindicações de determinado grupo não significa desrespeitar as demais, mas ao contrário, manter intacto os mesmos direitos aos quais todos os outros cidadãos também possuem, de acordo com a mesma Constituição.

O Estado ao dar maior atenção às demandas grupais negligencia, por exemplo, os direitos dos aposentados e pensionistas do INSS, os direitos desrespeitados dos professores estaduais, a exemplo do Estado do Rio Grande do Sul, os pequenos agricultores que possuem justo título em relação às terras que possuem e que sofrem a angústia de possíveis demarcações, os direitos de milhões de brasileiros que não têm transporte público de qualidade, rodovias transitáveis, saneamento básico, etc. No país que sede a copa do mundo de 2014, vive-se apagões constantes em determinadas regiões do país, enquanto que a região metropolitana de Porto Alegre há pouco sofria a falta de água por dias seguidos no forte verão de 2013/2014, enquanto gigantescos estádios foram erguidos às pressas com financiamento do BNDES. Dessa forma, o principal é conseguir atender às demandas das minorias e, concomitantemente, também não negligenciar aos demais membros da sociedade, atendendo às reivindicações da maioria e ouvindo-a.

2. TEORIA DO DISCURSO ENTRE LIBERAIS E COMUNITARISTAS

Entre liberais e comunitaristas, Habermas aparece defendendo sua teoria do discurso a qual o próprio filósofo alemão intitula de uma terceira concepção (ou terceira via), em meio às duas propostas em oposição existentes. Na presente dicotomia também está incluído o denominado liberalismo igualitário de Rawls, objeto de análise do segundo capítulo do presente estudo, não havendo distinção aqui para com o liberalismo conservador, mas sim, tão-somente, concepções liberais.

A denominada teoria do discurso, de acordo com Habermas, acolhe elementos de ambos os lados (liberais e comunitaristas) e os integra no conceito de um procedimento ideal para o aconselhamento e tomada de decisões. Tal procedimento democrático cria uma coesão interna entre “*negociações, discursos e auto-entendimento e discursos sobre a justiça*, além de fundamentar a suposição de que sob tais condições se almejam resultados ora racionais, ora justos e honestos”⁹. O terceiro modelo oferecido por Habermas, portanto, baseia-se nas condições de comunicação sob as quais o processo político supõe-se capaz de alcançar resultados racionais, pelo de realizar-se de modo deliberativo. Conforme o autor, a partir da observação desse procedimento democrático, a razão prática se desloca dos direitos universais do homem ou da eticidade de determinada comunidade e restringe-se a regras discursivas e formas argumentativas, extraindo sua base valorativa da ação orientada ao entendimento mútuo.

⁹ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002, p. 278.

A partir da proposição da teoria do discurso, procedimentos comunicacionais da formação democrática da opinião da vontade funcionam, no dizer de Habermas, como importantes escoadouros da racionalização discursiva das decisões de um governo e administração vinculados ao direito e à lei. Dessa forma, ao conceito de discurso na democracia corresponde a imagem de uma sociedade descentralizada, a qual diferencia e autonomiza a opinião pública à contestação, identificação e tratamento de problemas da sociedade de forma geral¹⁰.

Habermas busca dar conta da relação entre direitos humanos e soberania popular, enfatizando que o princípio da soberania popular expressa-se nos direitos à comunicação e participação, os quais asseguram a autonomia pública dos cidadãos, enquanto que o domínio das leis, conforme a teoria dos direitos fundamentais clássicos garantem a autonomia privada dos membros da sociedade civil. Habermas entende que a filosofia política não conseguiu resolver a tensão entre “soberania popular” e “direitos humanos”, ou seja, entre a “liberdade dos antigos” e a “liberdade dos modernos”. Enquanto a defesa republicana, que remonta a Aristóteles e ao humanismo renascentista, busca garantir a autonomia pública dos cidadãos no Estado, o liberalismo priorizou uma primazia dos direitos humanos com vistas a frear maiorias tirânicas. Pode-se ver com maior ênfase na defesa republicana os escritos de Rousseau, enquanto que no liberalismo os textos de Kant.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do presente texto foi possível tecer um diagnóstico da cena político-jurídica do Brasil, no que diz respeito às funções dos três poderes e, de maneira específica, a elaboração de políticas públicas dirigidas a determinados grupos e minorias, no que se defende o desnivelamento de direitos em relação ao todo pertencente ao Estado Democrático de Direito. As políticas públicas que atendam a grupos e minorias são necessárias a nosso ver, porém, não pode haver negligência do Estado em relação à toda sociedade brasileira que clama ainda por direitos básicos.

A pragmática formal (Habermas) e a pragmática transcendental (Apel) podem auxiliar para a construção de um diálogo construtivo de reivindicações de direitos na sociedade. A pragmática transcendental tem um potencial capaz de resgatar a ética da responsabilidade de todos por cada um em particular e, na pragmática formal, por estar presente uma proposta viável e necessária de fundamentação racional do direito, no âmbito da teoria discursiva, com especial

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002. p.282-283.

atenção para a garantia de direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade.

Sendo assim, torna-se possível ouvir a todos e buscar a elaboração de políticas públicas que também possam dar conta das reivindicações gerais da sociedade, ao mesmo tempo em que não se pode deixar de ouvir as minorias, mas sempre atento a uma equalização constante tanto no atendimento às reivindicações quanto à possível afronta ao direito alheio.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Icone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FLICKINGER, Hans-Georg. **Em nome da liberdade**: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. In: **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Novos Estudos Cebrap**, n.58, novembro de 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

SOUSA, Diogo Tourino. A judicialização da política e a democracia no Brasil. **Sociologia**. São Paulo, ano IV, n.45, fev./mar.2013. p.35-50.

WERLE, Denílson Luis. **Justiça e democracia**: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.

MEDIAÇÃO EM EMPRESAS FAMILIARES

Maria Eliza Zanini Martins De Marco¹

Eloisa Aparecida Piran²

RESUMO

O trabalho analisa os aspectos conceituais e gerais referentes aos conflitos, sejam eles construtivos ou destrutivos, bem como a eficácia da mediação na resolução destes, quando ocorridos no âmbito das empresas familiares, buscando formas de resolvê-las pela mediação, sem levar o litígio para via judiciária. Tendo em vista o atual cenário do Poder Judiciário, os métodos extrajudiciais se comunicam em vários campos do Direito a partir da Resolução 125 do CNJ, do Código de Processo Civil, da Lei da Mediação e demais legislações brasileiras. O objetivo deste trabalho é analisar a importância e verificar a eficácia da Mediação nas empresas familiares. Desse modo, utilizar-se-á o método indutivo. Verifica-se que, casos que envolvam famílias e empresas vislumbram um procedimento mais célere e sobretudo, de ganho mútuo, colaborando para a pacificação social e relações de continuidade.

PALAVRAS-CHAVE: Empresas Familiares, Mediação, Solução de Conflitos

INTRODUÇÃO

A mediação é uma forma de desenvolver o diálogo entre pessoas envolvidas em conflitos existentes. Os conflitos surgem a partir de ideias opostas distintas sobre um dilema vivido pelas partes, o objetivo desse método é levar as partes a refletirem e construir soluções. Os mediadores devem ser justos e devem promover a comunicação.

Com a evolução da tecnologia, o desenvolvimento dos métodos de comunicação, o desenvolvimento da sociedade e a transformação da economia e da concorrência, se torna necessário que as empresas sejam mais dinâmicas na gestão e resolução de conflitos, pois tais situações requerem uma resposta rápida e eficaz.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus Sarandi/RS. E-mail: 174580@upf.br

² Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus Sarandi/RS. E-mail: 174571@upf.br

As empresas estão dispostas a diminuir as disputas complexas e cada vez mais a buscar soluções mais eficazes, a encontrar formas de ajudar a preservar a imagem corporativa e a evitar prejuízos econômicos. Conflitos empresariais que não são devidamente gerenciados podem ter grandes consequências e retardar o crescimento da empresa. A mediação é uma importante ferramenta para a gestão desses conflitos, pois as estratégias e métodos utilizados na mediação podem proporcionar acordos mais eficazes, sigilosos, com ganho mútuo, poupando tempo e recursos financeiros, preservando a autonomia e as relações entre as partes.

Observa-se que os procedimentos judiciais são menos céleres, tendo em vista a sobrecarga de processos do Judiciário. A escolha deste tema é de suma importância para a sociedade atual e futura, visto que as pessoas se sentem frustradas pela impossibilidade de resolução de conflitos, o que representa um grande perigo para a estabilidade e a busca pela paz social. O objetivo deste trabalho é analisar a importância e verificar a eficácia da Mediação nas empresas familiares.

A ideia é que haja a promoção do diálogo entre as partes por terceiro estranho à lide, seja este o mediador. Dessa forma, a mediação encontra-se num ambiente entendido por não adversarial, tendo em vista que busca satisfazer ambas as partes e pôr fim ao conflito.

1. MEDIAÇÃO

A mediação é um processo, que é feito de forma voluntária, visto como uma oportunidade para resolução de conflitos, é uma solução para pessoas que tem uma relação continuada resolverem suas desavenças com o auxílio de um mediador. A mesma é de grande importância, pois leva as partes a entenderem a origem do conflito para resolvê-lo sem a necessidade de enfrentar longas e custosas demandas jurídicas, assim resolvendo o conflito de forma simples e rápida.

O conceito de mediação e as características vem para diferenciar a mesma dos outros métodos usados atualmente na resolução de conflitos.

A Lei n.º 13.140/2015 no artigo 1º, parágrafo único conceitua mediação “Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.³

³ BRASIL. LEI 13140/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20/09/2021

A palavra mediação tem origem do latim “mediare”, que significa intervir, mediar. A mediação pode ser conceituada como uma intervenção pacífica de uma terceira pessoa neutra, que não tenha relação com a situação, essa terá o dever de assessorar na resolução de um conflito determinado, compondo com as partes envolvidas na questão um acordo que seja bom para todos. (DIAS; MAEMURA, 2016).

Na visão do professor Walsir Edson Rodrigues Júnior (2007, p.75), a mediação é:

[...] o processo dinâmico que visa ao entendimento, buscando desarmar as partes envolvidas no conflito. O mediador, terceiro neutro e imparcial, tem a atribuição de mover as partes da posição em que se encontram, fazendo-as chegar a uma solução aceitável.

A decisão é das partes, tão somente delas, pois o mediador não tem poder decisório nem influencia diretamente na decisão das partes por meio de sugestões, opiniões ou conselhos.

A mediação usa como método a celeridade, na maioria das circunstâncias é mais rápida que o sistema judiciário, esse modelo se indica como uma maneira pacífica e colaborativa uma vez que protege a participação das partes através da busca pela dissolução de suas demandas por meio do diálogo (GONÇALVES, 2015).

O diálogo é extremamente fundamental na mediação, é por ele que as partes envolvidas no conflito irão partilhar informações salientando seus interesses, cedendo em alguns pontos, com o propósito da solução do litígio favorecendo a reaproximação das partes e até mesmo o reestabelecimento do vínculo anterior (TARTUCE, 2021).

Para MORAIS (1999), as características da mediação são: privacidade, economia de valores e economia de tempo, apresentação oral, reconciliação das partes, autonomia de decisão e equilíbrio do relacionamento entre as partes. Ainda para (VASCONCELOS, p. 1, 2020) conflito é um acontecimento ligado às relações humanas. É consequência de percepções e posições divergentes quanto a fatos e condutas que envolvem expectativas, valores ou interesses diferentes. A solução do conflito fica sujeito ao reconhecimento das diferenças e da identificação dos interesses comuns e contraditórios, subjacentes, pois a relação interpessoal baseia-se em alguma expectativa, valor ou interesse comum.

Na busca pela compreensão da condição humana segundo (VASCONCELOS, p. 2, 2020), devemos nos reconhecer como seres vivos, feitos de forças cósmicas, biológicas, sociais, psíquicas e emocionais. Portanto, vivemos no meio do desafio de administrar, compreender e

Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e sobre a auto composição de conflitos no âmbito da administração pública.

Parágrafo único. Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia.

integrar essas polaridades, entre nós e dentro de nós, de modo que nossos conflitos interpessoais que podem ser construtivos não caiam na destrutividade.

Para (LUCHIARI, p. 21, 2012) as pessoas perceberam que a mediação está relacionada ao poder judiciário. No entanto, não é aplicável apenas aos casos gerados pelo sistema judicial, mas também tem um âmbito de aplicação mais amplo, sendo extrajudicial. Considerando a mediação como um método de resolução de conflitos, neste método um terceiro imparcial ajuda as partes a encontrarem a sua própria resolução de litígios num ambiente confidencial e propício ao diálogo, e ao mesmo tempo passa a assumir a cooperação e a paz. Podemos determinar suas características básicas: é um método auto compositivo, diferente do método heterocompositivo, que tem uma solução determinante para o conflito (imposta às partes), ou seja, o terceiro não tem poder para impor a solução por ele encontrada para o caso.

Ainda dentro das características este é um método baseado na autodeterminação das partes, e as partes têm autonomia e responsabilidade pelo acordo final. Ou seja, é essencialmente um método de trabalho voluntário, cabendo desde a decisão de participação na mediação, a escolha do mediador e os procedimentos a seguir, até ao fim ou não, cabe inteiramente às partes a celebração ou não do acordo. Mesmo que a mediação seja ofertada antes de um processo judicial as partes podem abandoná-la a qualquer momento e buscar o método mais extremo, sendo a decisão judicial.

Morton Deutsch (VASCONCELOS, p. 6, 2020) acredita que as maneiras de lidar com conflitos e resolver conflitos podem ser construtivas ou destrutivas. Para este autor, o processo destrutivo é caracterizado pelo enfraquecimento ou rompimento da relação social pré-existente com a disputa, o que se deve ao caráter competitivo da forma como a disputa se desenrola. Nesses processos destrutivos, os conflitos tendem a se espalhar, muitas vezes sem relação com suas causas básicas. Já os processos construtivos, segundo Deutsch, são às partes que fortalecem as relações sociais antes que as disputas ocorram com base em seus valores, técnicas e habilidades.

Os princípios da mediação confirmam seus fundamentos morais e funcionais. A motivação e a base da mediação de conflito não ofendem ou ignoram a validade dos textos de direito positivo, mas não se confundem com eles, porque a essência dos métodos de mediação está no tema, problemático e no ambiente vivo da participação no conflito e no diálogo. Nessa perspectiva, a mediação de conflitos assume seus valores, habilidades e técnicas como pré-requisitos, e visa garantir que o diálogo seja efetivamente promovido em condições de igualdade de oportunidades e liberdade, de modo a compreender e realizar este tipo de justiça em casos específicos.

Os princípios da mediação norteiam os processos autocompositivos, sendo normas jurídicas que possibilitam identidade ideológica e ética ao sistema jurídico. O art. 166, caput, Código de Processo Civil (CPC) (BRASIL, 2015), estabelece que: “a conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.”

A referida lei disciplina ainda os princípios orientadores para nortear a mediação que estão elencados no artigo 2º.⁴

No mesmo sentido o autor (PINHO, p. 92 e 93, 2019) aponta os princípios como: Imparcialidade, de acordo com a Resolução n. CNJ's 125/2010 significa que os mediadores “agem sem favoritismo, preferência ou preconceito” e são responsáveis por assegurar que os valores e conceitos pessoais não interfiram nos resultados do seu trabalho, compreendem a realidade das pessoas envolvidas no conflito e nunca aceitarão qualquer forma de favor ou presente.⁵

Para a mediação no que diz respeito à legitimidade da solução consensual, depende, entre outras coisas, de as partes terem a mesma oportunidade de apresentar os seus argumentos e opiniões, bem como de chegarem a um acordo. A oralidade e informalidade proporcionam a agilidade e vitalidade necessárias à mediação. Geralmente, a menos que as partes concordem em contrário, apenas os termos iniciais e finais são apresentados por escrito. Da mesma forma, as reuniões são conduzidas informalmente. Ao longo de todo o procedimento, o mediador é responsável por garantir a expressão livre e desimpedida da vontade das partes. A mediação busca um consenso sem ultrapassar os limites que lhe são impostos pelo art. 165,

⁴BRASIL. LEI 13140/2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm. Acesso em: 20/09/2021.

Art. 2º A mediação será orientada pelos seguintes princípios:

I - imparcialidade do mediador;

II - isonomia entre as partes;

III - oralidade;

IV - informalidade;

V - autonomia da vontade das partes;

VI - busca do consenso;

VII - confidencialidade;

VIII - boa-fé.

§ 1º Na hipótese de existir previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação.

§ 2º Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação.

⁵ Código de Conduta para Mediadores, art. 1o. Anexo à Resolução n. 125/2010 do CNJ.

§ 3º, do CPC (BRASIL, 2015) ⁶. Ao que se refere a confidencialidade a mesma está expressamente assegurada nos arts. 30 e 31 da Lei n. 13.140/2015⁷ e por fim a boa-fé também assegurada no art. 5º do CPC⁸, também se entende por boa-fé em um sentido mais amplo como cooperação em busca de um resultado que esgote as possibilidades de um acordo, assim buscando uma solução para o conflito.

A autoconciliação libera as partes para tomarem decisões com base no que for melhor para elas, sem serem constrangidas pelas soluções do ordenamento jurídico. No entanto, isso não significa que eles possam agir em violação da lei, pois a liberdade dos indivíduos permite que eles façam qualquer coisa, desde que não viole a lei. (MIKLOS, P.25, 2020)

Em ambos os dispositivos verificamos que o legislador não distinguiu o que seriam princípios da mediação do que seriam princípios do mediador.

Referente ao procedimento de mediação a lei 13.140/2015 nos seus artigos 14 a 20⁹, assim deixa claro que: (TARTUCE, p. 263, 2021) pode ser interessante para o mediador ter uma

⁶ Brasília, DF: Senado, 1988. BRASIL. Código de Processo Civil (1973). Código de Processo Civil Brasileiro.

Artigo 165. Os tribunais criarão centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.

§ 3º O mediador, que atuará preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, auxiliará aos interessados a compreender as questões e os interesses em conflito, de modo que eles possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

⁷ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm]. Acesso em: 6 dez. 2021.

Art. 30. Toda e qualquer informação relativa ao procedimento de mediação será confidencial em relação a terceiros, não podendo ser revelada sequer em processo arbitral ou judicial salvo se as partes expressamente decidirem de forma diversa ou quando sua divulgação for exigida por lei ou necessária para cumprimento de acordo obtido pela mediação.

Art. 31. Será confidencial a informação prestada por uma parte em sessão privada, não podendo o mediador revelá-la às demais, exceto se expressamente autorizado.

⁸ BRASIL. Código de Processo Civil (2015). Código de Processo Civil Brasileiro. Brasília, DF: Senado, 2015.

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

⁹ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm]. Acesso em: 6 dez. 2021.

Art. 14. No início da primeira reunião de mediação, e sempre que julgar necessário, o mediador deverá alertar as partes acerca das regras de confidencialidade aplicáveis ao procedimento.

Art. 15. A requerimento das partes ou do mediador, e com anuência daquelas, poderão ser admitidos outros mediadores para funcionarem no mesmo procedimento, quando isso for recomendável em razão da natureza e da complexidade do conflito.

Art. 16. Ainda que haja processo arbitral ou judicial em curso, as partes poderão submeter-se à mediação, hipótese em que requererão ao juiz ou árbitro a suspensão do processo por prazo suficiente para a solução consensual do litígio.

§ 1º É irrecorrível a decisão que suspende o processo nos termos requeridos de comum acordo pelas partes.

§ 2º A suspensão do processo não obsta a concessão de medidas de urgência pelo juiz ou pelo árbitro.

Art. 17. Considera-se instituída a mediação na data para a qual for marcada a primeira reunião de mediação.

Parágrafo único. Enquanto transcorrer o procedimento de mediação, ficará suspenso o prazo prescricional.

Art. 18. Iniciada a mediação, as reuniões posteriores com a presença das partes somente poderão ser marcadas com a sua anuência.

sequência lógica de ações para resolver as diferenças entre as pessoas na gestão de conflitos. A consideração das etapas de mediação fornece diretrizes para guiar os caminhos e não deve ser considerada como: “uma etapa rígida que traga o raciocínio de sequência ou binário e à inflexibilidade”. De uma certa perspectiva, o processo de mediação pode ser dividido em dois elos principais: a pré-mediação e a própria mediação, mais detalhadamente, é possível dividir o procedimento nas seguintes etapas: pré-mediação; abertura; investigação; agenda; criação de opções; escolha das opções e solução.

A pré-mediação começa com o encaminhamento das partes interessadas ao mediador. Na pré-mediação, há uma explicação do esboço do procedimento. No caso de mediação privada (institucional ou autônoma), o mediador propõe um contrato de prestação de serviços, podendo esta etapa ser realizada na presença das partes em conjunto ou isoladamente. O objetivo da pré-mediação é eliminar disputas, informar as partes sobre suas responsabilidades no processo, promover a cooperação e o respeito mútuo, ouvir atentamente as necessidades de todos e promover a confiança entre os indivíduos.

Percebe-se que a pré-mediação é importante para que as pessoas comecem a imaginar oportunidades de resolução das disputas que as atormentam. A partir do segundo momento, a própria mediação pode desenhar as seguintes etapas: abertura, investigação, agenda, criação de opções, escolha das opções e solução. Da mesma forma, considere desenvolver o processo de mediação em cinco fases: declaração de abertura, exposição de razões pelas partes, identificação de questões, interesses e sentimentos.

Assim ressalto que o procedimento ou processo de mediação, não tem uma forma rígida de ser conduzida, deve ser melhor conduzido para a resolução do conflito ser finalizada.

Toda mediação requer um mediador, (FUGA, p. 90, 2003) ele é um terceiro imparcial e neutro que auxilia e facilita nas discussões, mas não possui nenhum poder de decisão sobre o litígio. Assim fica claro que a função do mediador é fazer surgir as soluções que se tornem uma decisão comum, sem que ele precise usar de suas técnicas para tal. O mesmo estimula a comunicação das partes, tudo para auxiliar a negociar um entendimento viável para as partes.

Art. 19. No desempenho de sua função, o mediador poderá reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.

Art. 20. O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.

Parágrafo único. O termo final de mediação, na hipótese de celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial.

Há os Mediadores Extrajudiciais e os Mediadores Judiciais, os princípios dos mesmos estão dispostos na Lei 13.140/2015 nos artigos de 9 a 13¹⁰. São os princípios do mediador segundo (VASCONCELOS, p. 211, 2020): Independência onde o mediador não deve ter qualquer relação de amizade, trabalho ou família com nenhuma das partes, sendo responsável por divulgar tais situações e evitar ações na mediação. O mediador tem o direito de ignorar essas situações. O mediador deve manter a justiça no procedimento para garantir justiça, imunidade e tratamento imparcial dos participantes. É responsabilidade atuar sem favoritismo, preferência ou preconceito, zelar para que os valores e conceitos pessoais não interfiram nos resultados do trabalho, entender a realidade dos envolvidos no conflito e nunca aceitar qualquer tipo de favor ou presentes.

O mediador deve ser habilitado para prática de mediar, assim receber formação suficiente para agir em cada situação e ter os fundamentos teóricos e práticos necessários definidos pelo órgão público ou privado responsável pela gestão do procedimento. Deve ter empoderamento pois, é papel do mediador permitir a invasão de consciência das partes ou mediandos para o fato de que eles estão mais aptos a melhor dissolverem seus conflitos presentes e futuros em função do conhecimento de justiça vivenciada na autocomposição. No princípio da validação o mediador deve incentivar os interessados a perceberem-se mutuamente como seres humanos merecedores de atenção e educação independentemente das suas diferenças. É papel do mediador assistir se as partes ou mediandos estão próprios das informações competentes à tomada de decisões conscientes e racionais, sendo de sua conta suspender as sessões, caso preciso, para que as partes ou mediandos consigam as informações técnicas relevantes à decisão comunicada.

¹⁰ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm]. Acesso em: 6 dez. 2021.

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Art. 10. As partes poderão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.

Parágrafo único. Comparecendo uma das partes acompanhada de advogado ou defensor público, o mediador suspenderá o procedimento, até que todas estejam devidamente assistidas.

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Art. 12. Os tribunais criarão e manterão cadastros atualizados dos mediadores habilitados e autorizados a atuar em mediação judicial.

§ 1º A inscrição no cadastro de mediadores judiciais será requerida pelo interessado ao tribunal com jurisdição na área em que pretenda exercer a mediação.

§ 2º Os tribunais regulamentarão o processo de inscrição e desligamento de seus mediadores.

Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.

Para atuar como mediador judicial é preciso ser graduado há pelo menos dois anos, em qualquer área de formação, conforme dispõe o art. 11 da Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação). A Resolução n. 125/2010 do CNJ, a Lei n. 13.140/2015 (Lei de Mediação) e a Lei n. 13.105/2015 (Código de Processo Civil) determinam a obrigatoriedade da capacitação do mediador judicial, por meio de curso realizado pelos tribunais ou por entidades formadoras reconhecidas pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM). O mediador extrajudicial para atuar tem por regra o artigo 9º da lei 13.105/2015¹¹, sendo qualquer pessoa competente que tenha a confiança das partes e seja capaz de mediar, independente de estar inscrita em qualquer tipo de conselho, entidade coletiva ou associação.

Então vemos que para ser um mediador há regras e deve haver consciência da ética, o mesmo deve ser capacitado e imparcial. Assim vemos a importância de um mediador para efetuar a mediação entre conflitos em empresas familiares e com isso a melhora na gestão dessas empresas e sociedade e sua continuidade, já que geradora de empregos e de estabilidade social.

2. EMPRESAS FAMILIARES

Empresa é uma estruturação econômica, civil ou comercial, formada para explorar uma atividade de negócio e oferecer ao mercado bens e/ou serviços. Segundo (TOMAZETTE, p. 28, 2021) Nas palavras de Fábio Ulhoa Coelho, empresa é uma "atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços", perfil funcional equivalente à teoria de Alberto Asquini.

Há muitas maneiras pelas quais se pode compreender o que seja uma empresa familiar.

Segundo (MAMEDE, p. 11, 2014), O tratamento teórico mais comum é identificar uma empresa familiar cujas ações e atividades são controladas pela família como uma empresa familiar, que pode ser administrada por seus membros mesmo com a ajuda de gestores profissionais. Já para (OLIVEIRA, p.11, 2010) Muitas análises do processo de algumas empresas familiares esquecem de separar a influência do modelo de gestão (familiar ou profissional), que, por outro lado, pode ser conflitante dada a influência das realidades atuais do mercado. Não se pode esquecer que as empresas e seus produtos e serviços têm um ciclo de vida, e muitas vezes

¹¹ BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: [www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm]. Acesso em: 6 dez. 2021.

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

um herdeiro assumirá a empresa em circunstâncias adversas do ciclo de vida. Muitas vezes é possível separar as duas abordagens, sendo, modelo de gestão e realidade de mercado.¹² A empresa familiar em sua existência ela pode ter uma fase de crescimento, maturidade ou declínio. O objetivo da empresa familiar é enfrentar os próprios desafios de organização.

A função social da empresa é um princípio importante para o exercício das atividades econômicas. Para (FRAZÃO, 2018) não é apenas uma norma interpretativa e abrangente, mas também se traduz em uma renúncia ou mesmo uma obrigação positiva de orientar as atividades empresariais de forma a considerar os interesses dos diversos sujeitos envolvidos e afetados pela empresa, como os trabalhadores, além dos interesses dos parceiros, consumidores, concorrentes, poder público e comunidades inteiras. Dessa forma, a função social da empresa engloba também a função fundamental sistematizadora do ordenamento jurídico, consolidada por normas jurídicas destinadas a conciliar os diversos interesses envolvidos na atividade econômica ao mesmo tempo em que buscam proteger a empresa e as atividades lucrativas que a qualificam.

Dispõe no artigo 170 da Constituição Federal, que a ordem econômica está “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e “tem por fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social”, os princípios estão dispostos nos incisos do mesmo artigo.¹³

3. MEDIAÇÃO EMPRESARIAL FAMILIAR - ORIGEM, DEFINIÇÃO E BENEFÍCIOS

A Mediação Empresarial é um método consensual e não litigioso, usada para resolver conflitos, poderá ser utilizado pelas partes em sede extrajudicial ou judicial de forma livre, autônoma, espontânea e consciente.

¹² (SOUSA, p. 68, 2021) O modelo de gestão é ser gerido de forma a permitir bons resultados e crescimento. Assim, para a empresa significa utilizar os recursos da empresa para implementar um conjunto de estratégias e ações. É preciso ter uma visão ampla e muito conhecimento sobre os procedimentos internos das empresas e dos mercados. Gerenciar aspectos financeiros, recursos humanos, cadeia de suprimentos, marketing e comercialização são os pilares mais famosos. No entanto, com a rápida transformação das sociedades e empresas a realidade de mercado, devido às incertezas trazidas pela diplomacia, crise econômica e/ou pandemias, torna-se fundamental gerenciar o “conhecimento” dos profissionais que serão responsáveis por todos esses pilares de gestão.

¹³ BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - (Revogado) VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003) VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - (Revogado) IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995) Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

A organização das atividades produtivas começa com as empresas familiares, com a ajuda das quais as pessoas trabalham para sobreviver. Com a evolução dos meios de produção, o que antes era produzido apenas para subsistência passou a ser comercializado como objetivo principal, surgindo os primeiros contornos da atividade comercial. Com o advento da Revolução Industrial nos séculos XVIII e XIX, os trabalhos artesanais foram substituídos por trabalhos remunerados, uso intensivo de maquinário e, com o advento dos parques industriais, a produção deixou de ser uma extensão do lar. Nessa nova realidade, as famílias empresárias precisam de investimentos mais relevantes e, em muitos casos, além de suas capacidades financeiras, é preciso desenvolver um novo sistema de gestão, definindo o papel de todos envolvendo a gestão empresarial, as regras de conduta e o processo produtivo da organização.¹⁴

A Mediação Empresarial é também uma maneira confidencial de resolver conflitos relacionados aos negócios. Todas as partes devem assinar um acordo de confidencialidade, e o funcionamento interno de uma empresa não acaba como registros públicos, como processos judiciais. A proteção dos direitos de privacidade das partes é um fator fundamental para empresas e partes lesadas, tornando a mediação uma opção atraente.

Sobre os benefícios da mediação comercial, vale destacar Diego Faleck (FALECK, p.265, 2014), que apontou alguns aspectos relevantes que devem ser lembrados, como redução substancial de honorários, redução significativa de custos diretos e indiretos de resolução de conflitos, resolução rápida de conflitos, tempo e muito mais. Para Brown e Marriott (BROWN E MARRIOT, p. 149, 2011) enfatizam que a essência da mediação é que a prática esteja em conformidade com os princípios básicos da mediação. Assim, a mediação tenta inspirar algo que normalmente desaparece com o conflito, isso é diálogo. Este caminho converte ambientes conflitantes em cenários colaborativos, a estrutura coerente do consenso proporciona qualidade de vida empresarial benéfica e regenera o compromisso e a responsabilidade das partes de acordo por elas subscritas.

Os conflitos de empresas familiares já foram resolvidos a base de violência física, mas com a evolução da sociedade o mesmo passou a ter soluções coerentes e assertivas, sendo mediação ou judicial entre outras formas.

Nesse sentido, destaca Lederach (2012, p. 31) que “o conflito nasce da vida” e, assim, deve-se desenvolver com a compreensão de que “os conflitos nos relacionamentos de todos os níveis são o modo que a vida encontrou para nos ajudar a parar, estimar, mediar e prestar atenção”

¹⁴ Governança da família empresária: conceitos básicos, desafios e recomendações / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. São Paulo, SP: IBGC, 2016. Pág. 9.

A mediação em uma empresa familiar é uma forma rápida de prevenir e solucionar conflitos, com total privacidade, isso é fundamental para manter a lucratividade e prosperidade da empresa e as relações familiares. A mediação em empresas familiares é usada não apenas para solucionar conflitos, mas também para restabelecer a comunicação entre as partes a fim de manter o relacionamento e a continuidade da relação familiar.

A mediação “pretende restabelecer a comunicação entre os conflitantes, trabalhando com a lógica ganhador e ganhador diferente de um processo judicial que temos ganhador e perdedor.” (SPENGLER: 2010, p.68).

Na opinião de Gorczewski (2007, p.80) essa cooperação mútua para a resolução de conflitos deve existir, especialmente se essas pessoas viverem juntas, pois elas se apoiarão no futuro. Ainda para o autor acima, quando isso acontece, a melhor solução é a mediação, que é um procedimento em que um terceiro neutro e sem poder sobre as partes, sem declarar qual deve ser o resultado, proporciona assistência às partes de maneira informal. Assim resolvendo seu conflito de forma aceitável.

As vantagens enfatizadas pela doutrina especializada no tema são geralmente similares. Para Gozáni se destaca na mediação (1995, p.172), a flexibilidade, rapidez, descrição, custo e o resultado seguro são a esperança em uma decisão correta, pois é o resultado de uma escolha livre entre as partes. Nesta análise, através da mediação de empresas familiares como uma alternativa que pode resolver problemas e pode ser usado como um meio de diálogo de negócios, seja para parentes ou para funcionários das empresas que promovem a comunicação e o alinhamento de opinião. A mediação também facilita o estabelecimento de acordo, quando a questão já existe e está sendo submetida a Tribunais, que são mais favoráveis à empresa e seus parentes, dado o baixo custo econômico e emocional dos envolvidos, menos propensos a escalar conflitos e romper relacionamentos, confidencialidade, interferência nos procedimentos e resultados obtidos.

Para Braga Neto (2009, p.133) A mediação empresarial é fundamental, ao apontar as inter-relações em empreendedores, fornece um elemento de reflexão baseado em fatos, esta relação entre o passado e o presente com vista à construção do futuro, quer seja a medida que o relacionamento continua, quer termine, isso leva a relação pacífica.

Como se vê, a mediação é um processo especializado que agrega o interesse do cliente aliado a resultados e satisfação é um meio de utilização dos advogados e serve como uma ferramenta de negociação entre as partes e cliente. Além disso, as autoras mencionam que a arte e o desafio da mediação empresarial é conciliar a visão econômica das atividades empresariais, de modo pragmático e emocional do assunto envolvido. (GROSMAN; BAYER, 2016, p.390).

Como se vê, a mediação agrega benefícios ao cliente, colaboradores e proprietários colaborando com resultado e satisfação. Portanto, fica claro que a mediação é, o meio mais eficiente para resolução de conflitos entre sócios de empresas familiares, pois além de lidar com o conflito, se tem o cuidado com a parte afetiva e emocional das partes para não ferir. Assim a mediação traz harmonia, produtividade e bom relacionamento novamente a estrutura organizacional.

Visto que os conflitos são inerentes aos relacionamentos humanos, especialmente em uma relação de trabalho onde a convivência é diária, a competição em meio a disputas familiares de cargos, envolvimento de herdeiros e questões privadas misturado com a adversidade do trabalho, pode-se dizer que há potencialidade para conflitos. Nesse sentido:

Usualmente as empresas, em respostas aos seus conflitos, agrupam-se em duas categorias: (i) lutar; (ii) escapar. Ao posicionar-se na categoria da “luta”, a instituição entra na disputa para enfrentar o conflito (na arrogância ou na força) sem que haja interesse em encontrar a causa e solução para ele. Na categoria do “escapar, há a negação do conflito, com estratégias de fuga e acomodação. Tem-se que ambas respostas não oferecem resultados satisfatórios ao desenvolvimento empresarial e econômico, pois de uma forma ou outra, perpetua-se a divergência e com ela os prejuízos. (BRANDÃO, 2019, p.124).

Assim pode se dizer, segundo a opinião do autor, partindo para o contexto de empresa familiar:

No ambiente empresarial familiar é importante que o instituto da mediação seja o primeiro a ser procurado quando instalada uma contenda entre os sócios parentes, administradores, gestores, enfim todos aqueles que estão imbuídos na sociedade familiar. A mediação deve ser uma política utilizada pela empresa, de forma a resolver os conflitos, antes mesmo de judicializá-lo. (TRENTIN, 2019, p.11).

Compreendendo que o conflito é um fenômeno natural na relação de quaisquer seres vivos, especialmente em empresas cuja lideranças advém do seio familiar, assim a mediação veio para solucionar esses conflitos, portanto, a mediação de conflitos mostra-se como método adequado para dirimir controvérsia em relações continuadas, em que há a possibilidade de reparação de vínculos. Para auxiliar e gerar questão de ordem e respeito os princípios da Imparcialidade, da Oralidade, da Informalidade, da Autonomia da Vontade e da Confidencialidade, ressaltam a mediação como método eficaz de solucionar conflitos em empresas familiares.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, este estudo teve como objetivo analisar os aspectos gerais, positivos/construtivos e negativos/destrutivos do conflito e a eficácia da mediação na resolução dos problemas das empresas familiares, procurando formas de resolver os problemas através da mediação.

O conflito é inerente a todo relacionamento, seja positivo ou negativo. No entanto, a partir de um conflito de natureza positiva, pode-se constatar através da mediação, como uma oportunidade de mudança, onde as pessoas são desafiadas a gerir as diferenças e estabelecer novos modelos de relacionamento, que podem ser um agente de mudança. O desenvolvimento da empresa, sua gestão é construtiva e eficiente. Quando o conflito é negativo, surgem disputas judiciais entre parentes, revelando a imagem da empresa e a intimidade familiar, fragilizando os laços familiares, aumentando as diferenças e levando as disputas à justiça ao invés de resolvê-las.

Contando com a celeridade da mediação a mesma no setor empresarial desempenha um papel relevante e de extrema importância na prevenção e resolução de litígios no mundo empresarial, pelo que é necessário encontrar soluções que sejam aceitáveis para a outra parte para benefício mútuo.

Para nortear essa evolução, os princípios estabelecidos no compilado de legislações são consistentes com a ordem, regras saudáveis para o equilíbrio da vida social, diretrizes legais para o bom desenvolvimento da auto-organização e, principalmente, tornar a instituição viável através da aplicação dos princípios da Imparcialidade, da Oralidade, da Informalidade, da Autonomia da Vontade e da Confidencialidade.

Em um ambiente de empresa familiar, quando surgem disputas entre parentes, gestores, enfim todos da sociedade familiar, é importante procurar primeiro a mediação. A mediação deve ser uma política utilizada pela empresa, de forma a resolver os conflitos, antes mesmo de judicializá-lo.

No mundo dos negócios, as decisões tomadas hoje afetam a bolsa de valores, a oferta e a demanda midiática de seus produtos, a qualidade de vida dos funcionários e o clima da organização, principalmente quando se trata de relações familiares/societárias em empresas familiares. Portanto, pode-se dizer que a mediação funciona como um meio autocompositivo através da confidencialidade das informações discutidas nas sessões, da celeridade por se tratar de um meio informal e oral, ou empresarial pois é uma conversa conduzida por um terceiro imparcial sem opinião crítica.

A mediação de conflitos, portanto, incentiva todas as partes a se tornarem protagonistas de seus problemas, atuando em conjunto por meio do diálogo direcionado para construir soluções racionais para ambas as partes em uma base ganha-ganha.

Dessa forma, as relações permanentes são reparadas, o ambiente familiar e/ou empresarial se torna saudável, os acordos firmados entre as partes são efetivamente implementados, a paz social é restaurada por meio da mediação e a empresa é mantida ativamente.

É neste sentido que a mediação revela-se uma forma adequada de resolução de conflitos empresariais, dando aos parceiros de negócio uma vantagem na construção de acordos e na manutenção de ligações afetivas, garantindo mais segurança em termos de negócio e, sendo mais sustentáveis no tempo, haja vista que os próprios envolvidos, por meio de um mediador, um terceiro imparcial, qualificado e ético, facilitam as conversas que se romperam e mantêm relações mais saudáveis e duradouras, mantendo a empresa e sua função social.

REFERÊNCIAS

BRAGA NETO, Adolfo. A mediação de conflitos no contexto empresarial. In: CASELLA, P.; SOUZA, L. (Coord.). Mediação de conflitos – novo paradigma de acesso à justiça. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009.

BRANDÃO, Clésia Domingos. **Mediação empresarial**: uma análise da aplicabilidade e efetividade do instituto nos conflitos entre empresas. São Paulo. 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 março de 2015**. Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 6 abr. 2020.

BRASIL. **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. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BROWN, Henry; MARRIOT, Arthur. **ADR: Principles and Practice**. 3. ed., Londres: Sweet & Maxwell, 2011.p. 149.

CONSELHO NACIONAL DA JUSTIÇA. **Quero ser um conciliador/mediador**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoas/conciliacao-e-mediacao/quero-ser-um-conciliador-mediador/>. Acesso em: 25 nov. 2021.

DA SILVA, Luciana Aboim Machado Gonçalves. **Mediação de conflitos**. Grupo GEN, 2013. 9788522478866. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788522478866/>. Acesso em: 20 jun. 2021.

DIAS, Alexandre; MAEMURA, Marcia Mitie Durante. **Mediação e Resolução de Conflitos**. 1. ed., Rio de Janeiro, 2016, SESES.

FALECK, Diego. **Mediação empresarial**: introdução e aspectos práticos. Revista de Arbitragem e Mediação. São Paulo, n. 42, jul. 2014, p. 265.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**. Enciclopédia jurídica da PUC-SP. Celso Fernandes Campilongo, Alvaro de Azevedo Gonzaga e André Luiz Freire (coords.). Tomo: Direito Comercial. Fábio Ulhoa Coelho, Marcus Elidius Michelli de Almeida (coord. de tomo). 1. ed. São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/222/edicao-1/funcao-social-da-empresa>. Acesso em: 05 mar. 2022.

FUGA, Marlova Stawinski. **Mediação Familiar**: quando chega o fim da conjugalidade. Universidade De Passo Fundo, 2003.

GONÇALVES, Amanda Passos. **A Mediação como Meio de Resolução de Conflitos Familiares**. 2015. Trabalho de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - PUCRS, Rio Grande do Sul.

GORCZEWSKI, Clóvis. **Jurisdição Paraestatal**: solução de conflitos com respeito à cidadania e aos Direitos Humanos na sociedade multicultural. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2007.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. **Formas Alternativas para la Resolución de Conflictos**. Buenos Aires: Depalma, 1995.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Governança da família empresária**: conceitos básicos, desafios e recomendações. São Paulo: IBGC, 2016. p. 9.

Lagrasta, LUCHIARI, Valeria F. Coleção ADRs - Mediação Judicial - Análise da Realidade Brasileira. **Disponível em: Minha Biblioteca**, Grupo GEN, 2012.

LEDERACH, John Paul. **Transformação de Conflitos**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2012.

MAMEDE, Gladston; MAMEDE, Eduarda C. **Empresas Familiares**: O Papel do Advogado na Administração, Sucessão e Prevenção de Conflitos entre Sócios. 2. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2014. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788522487080/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

MIKLOS, Jorge; MIKLOS, Sophia. **Mediação de Conflitos**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786558110477/>. Acesso em: 17 mai. 2022.

MORAES, José Luis Bolzan de. **Mediação e Arbitragem: alternativas à Jurisdição**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças D. **Empresa familiar**: Como fortalecer o empreendimento e otimizar o processo sucessório. 3. ed. São Paulo:

Editora Atlas, 2010. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788522473076/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

PINHO, Humberto Dalla Bernardinha D; MAZZOLA, Marcelo. **Manual de Mediação e Arbitragem**. 2. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555598087/>. Acesso em: 04 abr. 2022.

RODRIGUES Júnior, WALSIR Edson. **A prática da mediação e o acesso à justiça**. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUSA, Almir Ferreira D; *et al.* **Manual de gestão empresarial**: teoria e prática. Barueri: Editora Manole, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555764499/>. Acesso em: 12 jun. 2022.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação. Por uma nova Cultura no Tratamento de Conflitos**. Ijuí: Unijuí, 2010.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. 6. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/#!/books/9788530992330/>. Acesso em: 10 jun. 2022.

TOMAZETTE, Marlon. **Curso de direito empresarial**: Teoria geral e direito societário. 12. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9786555592658/>. Acesso em: 05 abr. 2022.

TRENTIN, Taise Rabelo Dutra. TRENTIN, Sandro Seixas. **Empresas familiares**: A resolução de conflito pela mediação. Seminário Internacional Demandas Sociais e Políticas Públicas na Sociedade Contemporânea. 2019. Disponível em: <https://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/18847>. Acesso em: 11 abr. 2022

VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 7. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#!/books/9788530991463/>. Acesso em: 04 nov. 2021.

O NEPOTISMO E A NOMEAÇÃO DE PARENTES DE PARLAMENTARES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

NEPOTISM AND THE APPOINTMENTS OF RELATIVES OF PARLAMENTARIANS IN PUBLIC ADMINISTRATION

Giovani da Silva Corralo¹

Fernanda Rotta Zanella²

RESUMO

A pesquisa objetiva uma reflexão sobre a existência de nepotismo na nomeação de parentes de parlamentares na administração pública brasileira. Trata-se de temática altamente relevante, a impactar a administração da federação, dos 27 Estados – e Distrito Federal – e também dos 5.570 municípios. Para tanto, o primeiro capítulo aborda o fenômeno do nepotismo no Brasil, tendo em vista os resquícios patrimonialistas ainda presentes na prática administrativa, e a normatividade da Súmula Vinculante 13 do Supremo Tribunal Federal – STF. No segundo capítulo, analisa-se a nomeação de parentes de parlamentares na administração pública e o nepotismo, partindo-se da normatividade da Súmula Vinculante 13 e das questões ético-funcionais aplicáveis à relação existente entre os integrantes do parlamento e a administração pública. Utiliza-se o método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se pela existência de nepotismo em diversas nomeações para cargos em comissão, de confiança e funções gratificadas, tanto na administração pública direta quanto indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Nepotismo; Parlamentares; Súmula Vinculante 13.

ABSTRACT

The research aims to reflect on the existence of nepotism in the appointment of relatives of parliamentarians in the Brazilian public administration. This is a highly relevant topic, impacting the administration of the federation, the 27 States – and the Federal District – and also the 5,570 municipalities. The first chapter addresses the phenomenon of nepotism in Brazil, in view of the patrimonialist remnants still present in administrative practice, and the normativity of Binding Precedent 13 of the Federal Supreme Court - STF. In the second chapter, the appointment of relatives of parliamentarians in public administration and nepotism are analyzed, starting from the

¹ Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo (Graduação e Mestrado). Mestre e Doutor em Direito pela UFPR. Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Professor convidado dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto – Angola. Coordenador do projeto de pesquisa “Relações de poder e o poder municipal no Estado brasileiro”. E-mail: gcorralo@upf.br.

² Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Integrante do projeto de pesquisa “Relações de poder e o poder municipal no Estado brasileiro”. E-mail fernandazanellaa@gmail.com.

normativity of Binding Precedent 13 and the ethical-functional issues applicable to the existing relationship between members of parliament and public administration. The deductive method and bibliographical and documentary research are used. It is concluded that there is nepotism in several appointments to commissioned, trusted and rewarded positions, in direct and indirect public administration.

KEYWORDS: Binding Precedent 13; Nepotism; Parliamentarians.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa versa sobre a prática do nepotismo no Brasil, com foco nos parlamentares locais, agentes políticos que exercem a representação popular no parlamento. A fim de abordar esta temática complexa, o estudo fora organizada em dois capítulos, quais sejam: “O nepotismo no Brasil e a Súmula Vinculante 13” e “A nomeação de parentes de parlamentares na administração pública e o nepotismo”.

O primeiro capítulo tem início com uma abordagem histórica, que demonstra a evolução do estado e, ao longo dela, a presença e a evolução dos comportamentos patrimonialistas. O patrimonialismo consiste, basicamente, na utilização da máquina pública com a finalidade de favorecimento pessoal, e buscou-se identificar a existência da referida prática em território brasileiro.

As práticas patrimonialistas, que até hoje permeiam a administração pública brasileira, deram origem a situações contrárias aos interesses públicos, como é o caso do nepotismo.

No segundo capítulo analisou-se os impactos do nepotismo, expondo os principais prejuízos da referida prática, como a existência de favorecimentos pessoais por meio da nomeação de parentes de parlamentares para cargos públicos, o que favorece a escolha de pessoas despreparadas, resultando em menor eficiência da Administração Pública para a efetivação das demandas de sua incumbência.

Em seguida, analisou-se a Súmula Vinculante n. 13 e as limitações por ela impostas, visando o combate ao nepotismo e o incentivo à utilização da máquina pública com responsabilidade, ética e transparência, de modo a garantir a independência do Poder Legislativo em suas funções de fiscalização e controle. Buscou-se compreender, *prima facie*, a extensão destas vedações e as consequências do seu descumprimento.

Estudar e compreender o alcance da Súmula Vinculante 13 e do princípio da moralidade é fundamental para uma administração pública mais retida, proba e comprometida com a efetivação do interesse público. É o que se busca.

1. O NEPOTISMO NO BRASIL E A SÚMULA VINCULANTE 13

O Estado brasileiro e sua organização política foram fortemente influenciados pelas tendências mundiais, bem como por particularidades locais, advindas do período de colonização pela Coroa Portuguesa e do período pós-colonização.

Em 1789 o mundo assistiu à Revolução Francesa, um marco contra o absolutismo, que influenciou inclusive o Estado brasileiro a assumir uma nova roupagem. Passou-se de um Estado absolutista, agigantado, que cerceava a liberdade dos cidadãos e não se submetia nem mesmo às leis por ele redigidas³, para um Estado de Direito. A revolução que culminou com a independência americana também foi um marco nesse sentido, razão pela qual se fala nas revoluções liberais do final do século XIX.⁴

É perceptível como as leis e a aplicação do Direito no Brasil, ao longo da história, também sofreram influências internas e externas, buscando atender aos fatos sociais existentes. Foram muitos os impactos decorrentes do desenvolvimento cravado em influência patrimonialista⁵, centrada no clã familiar. Aliado a isso, na República Velha houve marcantes traços de coronelismo, que consistiam em “uma troca de proveitos entre o poder público, progressivamente fortalecido, e a decadente influência social dos chefes locais, notadamente dos senhores de terras.”⁶

Este marcado caráter patrimonialista é o que desencadeia situações fáticas como o nepotismo, caracterizado quando alguém, seja membro do poder executivo, legislativo ou judiciário, se utiliza da máquina pública para favorecimento pessoal. Não se trata de um comportamento contemporâneo, segundo Francis Fukuyama⁷, ao contrário, traduz um comportamento de tempos imemoriais, uma vez que o altruísmo recíproco que existe entre os humanos constitui uma insubstituível fonte de cooperação. Organizações impessoais, como o Estado, acabaram por impedir ou limitar esses comportamentos de favorecimentos, razão pela qual, no caso de rompimento da ordem, há uma tendência natural de retorno às formas iniciais de sociabilidade, marcadas por favorecimentos recíprocos.

Mais precisamente, no setor público, o nepotismo consiste no favorecimento em razão de vínculo de parentesco, consanguíneo ou afim, desconsiderando os interesses da administração.

³ MARTINEZ, Luciano. 10. ed. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019, p. 55-56. Epub.

⁴ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 133.

⁵ “É o culto ao patrimonialismo que explica porque o favorecimento de parentes e afins no acesso a cargos e funções públicas foi comportamento considerado normal durante largos períodos de nossa história” MODESTO, Paulo. NEPOTISMO EM CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012.

⁶ LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Schwarcz, 2009, p. 463. Edição kindle.

⁷ FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos à Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013, p. 42 - 43. Versão kindle.

Estas práticas tendem a repercutir na legislação vigente, bem como nos entendimentos dos tribunais.

Segundo o Ministro Luiz Fux, em RE 1133118 RG/SP, julgado em 14/06/2018, no nepotismo acaba-se confundindo “(...) a esfera dos interesses privados do administrador com os interesses sociais objetivos que a administração pública deve atender”⁸, o que é intolerável, pois o administrador, que gere algo alheio, deve agir de forma completamente distinta do proprietário, gere algo seu.⁹ Neste sentido, Juarez Freitas¹⁰ afirma ser necessária a busca por uma administração consoante ao regime jurídico de Direito Administrativo, de modo a concretizar o direito fundamental à boa administração pública - o que só é possível em uma gestão direcionada em sentido oposto ao que rumam os atos que atentam contra o bem público, como é o caso do nepotismo.

Para a melhor compreensão dos impactos oriundos de tais comportamentos, necessário conhecer os princípios, “*núcleos de condensação de valores*”¹¹ decorrentes da Constituição Federal de 1988¹², especialmente os princípios previstos no *caput* do Art. 37, em especial os princípios da moralidade, impessoalidade e eficiência.¹³

O princípio da moralidade é “[...] pressuposto de validade de toda a atividade legal e administrativa”¹⁴ e a inclusão deste princípio na atual constituição não se limita a buscar governos mais honestos, mas também garante ao povo o direito a estes governos.^{15 16}

O princípio da impessoalidade busca desvincular os atos administrativos de razões pessoais, para que seja assegurado o interesse da coletividade¹⁷, sem influências pessoais,

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 1133118 RG / SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgado em 14.06.2018, DJ 21.06.2018, p. 07. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

⁹ LIMA, Ruy Cirne. **Introdução ao Estudo do Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1937, p. 19-21.

¹⁰ FREITAS, Juarez. **Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

¹¹ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 37.

¹² Deste momento em diante, a sociedade passou a ser permeada por princípios que a fundamentam. STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, p. 97 - 99.

¹³ BRASIL. Constituição Federal. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹⁴ SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Princípio da Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 22, p. 129 – 132., jan/mar. 1998, p. 129.

¹⁵ NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. São Paulo: GEN, 2019, p. 81. ePUB.

¹⁶ Não basta uma ação lícita da Administração Pública. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 423. É necessário que a ação obedecer a critérios morais e éticos do administrador. RAMOS, Dircêo Torrecillas. Improbidade Administrativa e Política. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. vol. 26, p. 219 – 240, jul/dez. 2010. Assim, existe uma gama de princípios que norteiam e limitam a atividade pública e devem ser rigorosamente respeitados pelo gestor.

¹⁷ BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2019, p. 65. ePUB.

econômicas ou partidárias. Busca garantir uma gestão transparente e controlável, incidindo em toda a prática administrativa.¹⁸

Também o princípio da eficiência, que procura assegurar melhores resultados com menos custos ao erário público, uma vez que são eficientes as ações que têm maiores e melhores resultados, com a menor utilização possível de recursos públicos.^{19 20 21}

Todos estes princípios são maculados “[...] na exata medida que um grupo seletivo, composto pelos parentes do administrador, tem acesso ao cargo nomeado por ele enquanto os demais, compostos por não parentes, ficam à mercê da sorte”.²² Deve-se buscar, então, assegurar estes princípios, o que só é possível com o combate ao nepotismo em todas as suas feições.²³

Para tanto, surgiu a Resolução n. 07 do CNJ/2005, a proibir o nepotismo no Poder Judiciário. Apesar de ter sido alvo de Ação Direta de Constitucionalidade nº 12/2008²⁴, esta Resolução foi considerada constitucional²⁵ e deu ensejo à Súmula Vinculante 13/2008, do Supremo Tribunal Federal (STF), que vedou o nepotismo em todos os poderes e níveis da federação:

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.²⁶

Impende destacar que a Súmula em comento não visa impossibilitar o ingresso de pessoas na Administração Pública, mas tão somente garantir que este ocorra de forma justa,

¹⁸ NORONHA, Luana. Impessoalidade Administrativa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 76, p. 235 – 262, jul/set. 2011.

¹⁹ OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020, p. 61. ePUB.

²⁰ Aldemir Berwig destaca que resultados eficientes dependem da busca por perfeição e rendimento funcional, desde que de forma célere. BERWIG, Aldemir. *Direito Administrativo*. Ijuí: Editora Unijuí, 2019, p. 67. ePUB.

²¹ Deve-se primar, portanto, pela “qualidade (ótimo possível), adequado custo-benefício, rendimento funcional, produtividade aceitável, celeridade, rentabilidade social, razoabilidade e ação idônea (eficaz), além, obviamente, do combate ao desperdício”. CORRALO, Giovani da Silva. *Silêncio, eficiência e eficácia nas administrações municipais brasileiras*. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 253-269, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1039. p. 265.

²² ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o Combate ao Nepotismo. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 75. p. 101 – 122. abr. – jun. 2011.

²³ CORRALO, Giovani da Silva; ZANELLA, Fernanda Rotta. O nepotismo e a aplicação da Súmula Vinculante nº 13 nos municípios brasileiros. *Revista Interesse Público*. vol. 124, p. 167 – 183, nov/dez. 2020, p. 172.

²⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 12- Distrito Federal**. Relator: Ministro Carlos Britto. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>.

²⁵ MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018, p. 1094. ePUB.

²⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

livre de máculas, favorecimentos e desrespeito aos postulados constitucionais²⁷ - foi o que afirmou o Vice-Presidente da OAB/PR, Dirceu Galdino Cardin, durante seminário em novembro de 2005.²⁸

Importa analisar a aplicação da referida súmula pelo STF. Em 2008, o STF, por meio do RE n. 579951/RN²⁹ de 2008, entendeu que, embora não haja leis a regulamentarem a matéria, o Art. 37 da Constituição Federal e a Súmula Vinculante 13 são suficientes para que se considere vedada a prática de nepotismo em todos os entes federativos e em todos os poderes da federação. Ainda, o mesmo tribunal, na Rcl n. 9284/SP³⁰, julgada em 30.09.2014, entendeu pela ausência de taxatividade nos casos previstos na súmula, que não teria a pretensão de, em seu texto, esgotar as possibilidades de nepotismo na Administração Pública, o que permite que haja complementar controle jurisdicional.

Ainda, em seu enunciado, proíbe também a hipótese de ajuste mediante designações recíprocas, conhecida como *nepotismo cruzado*, onde “[...] duas autoridades tentam burlar a súmula por meio da nomeação de seus parentes de forma recíproca”.³¹ Também o Rcl 32589 AgR / SP³², julgado pelo STF em 29.03.2019, e o AgInt no AREsp 1019652 RS³³, julgado em 04.05.2017 pelo STJ.

Algumas hipóteses envolvendo possíveis atos de nepotismo por parlamentares na Administração Pública se encontram na Rcl 12742 / RJ³⁴ – nepotismo na nomeação de irmã do Presidente da Câmara para o cargo de Procuradora-Geral da Câmara, julgada em 07.08.2014 pela corte constitucional; e na Rcl 8294 MC / SC³⁵, também julgada pelo STF, que não chegou a decidir o mérito, pois o TJSC decidiu que a nomeação de irmã de vereador para o cargo de secretário municipal não afronta a Súmula Vinculante 13, até mesmo porque se trata de cargo político.

²⁷ Quanto ao nepotismo, é configurado de forma objetiva, bastando que haja o parentesco vedado pela Súmula Vinculante para que se caracterize o ato ilícito, sendo desnecessária a comprovação da influência familiar, conforme Rcl 19911 AgR/ES, do STF.

²⁸ VICE-PRESIDENTE DA OAB-PR FALA SOBRE NEPOTISMO DURANTE SEMINÁRIO. **Site oficial OAB-PR**. Curitiba. 25. nov. 2005. Seção do Paraná. Disponível em: <<https://www.oabpr.org.br/vice-presidente-da-oab-pr-fala-sobre-nepotismo-durante-seminario/>>. Acesso em: 12. set. 2021.

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 579951 / RN**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 20.08.2008, DJ 24.10.2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 9284 / SP**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Julgado em 30.09.2014, DJ 19.11.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

³¹ ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o Combate ao Nepotismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 75. p. 101 – 122. abr. – jun. 2011.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 32589 AgR / SP**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 23.09.2019, DJ 05.04.2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgInt no AREsp 1019652 / RS**. Julgado em julgado em 04.05.2017. Disponível em: <https://www.stj.jus.br>.

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 12742 / RJ**. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Julgado em 07.08.2014, DJ 13.08.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 8294 MC / SC**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Julgado em 26.05.2009. DJ 01.06.2009. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

A Rcl 10852 MC / SP36, julgada em 05.08.2011 pelo STF, envolveu um parlamentar e, na ocasião, foi concedida liminar de exoneração de parente do vereador nomeado pelo chefe do Poder Executivo, mesmo não havendo indícios de designações recíprocas. Entretanto, não é matéria unânime. Neste aspecto, não reconhecem nepotismo em hipóteses em que inexiste a comprovação de designações recíprocas, a Rcl 15127 / RS³⁷, julgada em 30.07.2013 e ARE 1197165 / GO³⁸, julgado em 12.06.2019, ambos do STF.

Dentre estas decisões, importa destacar que os tribunais têm considerado o combate ao nepotismo como uma prioridade, e, apesar das nuances que envolvem cada caso concreto, esta vedação se estende a todos os poderes, em todos os níveis da federação.

2. A NOMEAÇÃO DE PARENTES DE PARLAMENTARES NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O NEPOTISMO

Os prejuízos causados pelo nepotismo atingem organizações públicas e privadas, seja quanto ao aumento da corrupção e do abuso de autoridade³⁹, seja pelos reflexos negativos nas relações interpessoais.⁴⁰

A aplicação da Súmula Vinculante tem determinado, regraticamente, a proibição da nomeação de cônjuges, companheiros e parentes, em linha reta, colateral e por afinidade, da autoridade que nomeia ou servidor que ocupe cargo de direção, chefia e assessoramento na mesma pessoa jurídica. Abrange do filho ao sobrinho, do padrasto ao cunhado. O STF tem entendido a necessidade de ter o poder de nomeação ou ascendência hierárquica sobre quem nomeia para que a vedação surta efeitos. Ademais, até que a tema 100 de repercussão geral seja julgado com o RE 1.133.118/SP, permanece o entendimento da Súmula Vinculante 13 não abranger a nomeação para cargos políticos, assim considerados o primeiro escalão na administração pública (ministros, secretários estaduais, secretários municipais e similares).

Também não tem sido aplicada sistematicamente a Súmula Vinculante 13 para proibir a nomeação de parentes de parlamentares na administração pública, o que tem ocorrido

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 10852 / SP**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Julgado em 03.01.2014, DJ 10.02.2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Rcl 15127 / RS**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Julgado em 30. 07. 2013, DJ 08. 08. 2013. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

³⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1197165 / GO**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em 12. 06. 2019. DJ 27. 06. 2019. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>

³⁹ TYTKO, Anna; SMOKOVYCH, Mykhailo; DOROKHINA, Yuliia; CHERNEZHENKO, Olena; STREMENOVSKYI, Serhii. Nepotism, favoritism and cronyism as a source of conflict of interest: corruption or not?. **Amazonia investiga**. v. 9, n. 29, p. 163-169, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.34069/AI/2020.29.05.19>. p. 166.

⁴⁰ KELES, Hatice; ÖZKAN, Tugba; BEZIRCI, Muhammet. A Study on the effects of nepotism, favoritism and cronyism on organizational trust in the auditing process in family businesses in Turkey. **Internacional Business & Economics Research Journal**, v. 10, n. 9, p. 9-16, 2011. DOI: <https://doi.org/10.19030/iber.v10i9.5622> p. 14.

tematicamente, em situações excepcionais. Entretanto, dois importantes argumentos devem ser considerados a fim de possibilitar um melhor entendimento sobre o alcance da referida súmula.

Primeiro, de caráter mais teórico, é o fato de os poderes, não obstante a independência funcional, serem considerados órgãos públicos, logo, a integrar uma pessoa jurídica. Em nível federal o Congresso Nacional é um poder, tal qual o Poder Executivo, a integrar a União, pessoa jurídica. Em nível municipal a Câmara de Vereadores e o Executivo municipal integram a pessoa jurídica que é o município. Os parlamentares se encontram em posição de chefia, se analisado em relação à pessoa jurídica em si, não obstante a interdependência funcional dos poderes, o que remeteria à submissão à regra esculpida na Súmula Vinculante 13.

Segundo, e muito mais relevante, é a competência constitucional dos parlamentares para controlar e fiscalizar a administração pública. Se os legisladores possuem essa atribuição, devem ter independência em relação aos outros poderes, mais ainda em relação à administração pública. É esse um dos motivos que levam aos impedimentos constitucionais previstos no art. 54 da Constituição, a proibir, desde a expedição do diploma, que o parlamentar firme contratos com a administração direta ou indireta e concessionários de serviços públicos (salvo se regido por cláusulas uniformes); aceite ou exerça cargo, emprego ou função na administração direta ou indireta ou em concessionária de serviço público. Desde a posse não pode o legislador ser proprietário, controlador ou diretor de empresa que goze de favor oriundo de contrato com pessoa jurídica de direito público ou exercer função remunerada; ocupar ou exercer cargo ou função demissível “ad nutum” na administração direta ou indireta e nas concessionárias de serviços públicos; também não pode patrocinar causas em que a administração direta, indireta e concessionárias de serviços públicos possuam interesse.

Os impedimentos transmutam-se em princípios constitucionais, tanto que, por força dos art. 27, §1º e 29, IX da Constituição, aplicam-se aos estados e municípios, usualmente absorvidos *ipsis litteris* nas constituições estaduais e leis orgânicas. Se referem ao eleito e ao que tomou posse e surgem com a eleição, a abranger incompatibilidades funcionais, negociais, políticas e profissionais.⁴¹ Buscam evitar o conflito de interesses e “(...) garantir que o parlamentar não afira benefícios ilícitos, ou utilize o múnus público que exerce no Poder Legislativo, para angariar vantagens particulares (...)”⁴². Soma-se a imperiosa necessidade de manter a independência do Poder Legislativo em relação ao Poder Executivo, seja pela independência entre os poderes, seja pela relação de controle que o parlamento exerce sobre a administração pública.

⁴¹ SILVA, José Afonso. **O Prefeito e o Município**. Brasília: SERPHAU, 1977, p. 72.

⁴² STRECK, Lenio Luís; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Dos Deputados e dos Senadores. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 55.

No mesmo diapasão, permitir que parentes de parlamentares sejam nomeados em cargos ou funções na administração direta ou indireta é permitir que se usufrua de vantagens nada republicanas, mais consoantes ao patrimonialismo, além de comprometer a independência do parlamento e a inabdicável função de fiscalização e controle.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A administração pública brasileira se transformou no decorrer do tempo. Da reforma burocrática na década de 30 do século passado para a reforma gerencial em meados da década de 90. A primeira a fim de afastar o patrimonialismo e a segunda a fim de diminuir uma estrutura burocrática que se agigantou.

De toda a sorte, o patrimonialismo, fenômeno fortemente presente na realidade brasileira desde a colonização até a década de 30 do século passado, ainda persiste, a requerer esforços constantes da ordem jurídica a fim de evitar ou mitigar os seus efeitos. É com esse intuito que a Súmula Vinculante 13, do Supremo Tribunal Federal, ao regram a aplicação do princípio da moralidade, trouxe importantes limites a serem observados para a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes, em linha reta, colateral e por afinidade até o terceiro grau, da autoridade nomeante ou servidor que ocupe cargo de direção, chefia e assessoramento na mesma pessoa jurídica. Vale para todas as pessoas políticas, em todos os níveis da federação, e para todos os poderes. Por ora – até que seja julgado tema de repercussão geral 1000 pelo STF –, não abrange os denominados cargos políticos, considerados os que se encontram no topo da estrutura administrativa – ministros, secretários estaduais e municipais – e similares.

Por mais que a Súmula Vinculante se apresente enquanto regra jurídica, o próprio STF entende que não abrange todos os casos de nepotismo, a possibilitar a análise tópica de cada situação pelo Poder Judiciário e a permitir um controle que extrapole o seu alcance normativo. Também é possível que municípios, estados e o Distrito Federal elaborem normas mais restritivas para a nomeação de parentes, o que tem sido considerado válido, o que respalda a autonomia das pessoas políticas que integra o pacto federativo.

Quanto ao problema perquirido, entende-se que a nomeação de parentes de parlamentares na administração direta ou indireta do mesmo ente federativo para cargo em comissão ou de confiança ou função gratificada configura afronta ao princípio da moralidade, logo, uma vantagem indevida em razão do vínculo de parentesco – o chamado nepotismo.

Além disso, trata-se de um imperativo para manter a independência do Poder Legislativo no exercício da função de fiscalização e controle, para o qual se requer legisladores com a devida independência funcional, distante de eventuais locupletamentos em razão de cargos ou vantagens similares.

Se a nomeação ocorrer em outro ente federado, não incide a vedação, pois não há *prima facie* o comprometimento funcional do parlamentar, nem o auferimento da vantagem ilícita ou indevida em razão do mandato eletivo. No mesmo sentido se a nomeação se der para cargo político, por ora não abrangido nas vedações da referida súmula.

Assim, a vedação esculpida na Súmula Vinculante 13 também deve abranger a nomeação de cônjuges, companheiros e parentes, em linha reta, colateral ou afinidade, até o terceiro grau, dos parlamentares, tanto na administração direta, quanto na administração indireta da pessoa política em que atuam, a reforçar o princípio da moralidade na administração pública brasileira.

REFERÊNCIAS

ARAKAKI, Allan Thiago Barbosa; ORTIZ, Laudson Cruz. Súmula Vinculante 13 e o Combate ao Nepotismo. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 75. p. 101 – 122. abr. – jun. 2011.

BERWIG, Aldemir. **Direito Administrativo**. Ijuí: Editora Unijuí, 2019. ePUB.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3 Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ARE 1197165 / GO**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 12. 06. 2019, DJ 27. 06. 2019; **Rcl 8294 MC / SC**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 26.05.2009. DJ 01.06.2009.; **Rcl 32589 AgR / SP**, Rel. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 23.09.2019, DJ 05.04.2019; **Rcl 10852 / SP**, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 03.01.2014, DJ 10.02.2014; **Rcl 12742 / RJ**, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 07.08.2014, DJ 13.08.2014.; **Rcl 9284 / SP**, Rel. Min. Dias Toffoli, julgado em 30.09.2014, DJ 19.11.2014; **RE 1133118 RG / SP**, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 14.06.2018, DJ 21.06.2018; **Rcl 15127 / RS**; Rel. Min. Marco Aurélio, julgado em 30. 07. 2013, DJ 08. 08. 2013; **MS 27689 MC / DF**, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgado em 03.11.2008, DJ 10.11.2008; **RE 579951 / RN**, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, julgado em 20.08.2008, DJ 24.10.2008; **Rcl 19911 AgR**. Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 19. 05. 2015. DJ 02. 06. 2015; ADC nº 12- Distrito Federal, Rel. Min.Carlos Britto.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13**, 2008. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br>.

CORRALO, Giovani da Silva. Silêncio, eficiência e eficácia nas administrações municipais brasileiras. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 19, n. 76, p. 253-269, abr./jun. 2019. DOI: 10.21056/aec.v19i76.1039.

CORRALO, Giovani da Silva; ZANELLA, Fernanda Rotta. **O nepotismo e a aplicação da Súmula Vinculante nº 13 nos municípios brasileiros**. *Revista Interesse Público*. vol. 124, p. 167 – 183, nov/dez. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Transformações do Direito Administrativo**. *Revista de Direito da Administração Pública*. v. 1, p. 185 – 211, jun/dez. 2016.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FUKUYAMA, Francis. **As origens da ordem política: dos tempos pré-humanos à Revolução Francesa**. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2013. Versão kindle.

KELES, Hatice; ÖZKAN, Tugba; BEZIRCI, Muhammet. A Study on the effects of nepotism, favoritism and cronyism on organizational trust in the auditing process in family businesses in Turkey. **Internacional Business & Economics Research Journal**, v. 10, n. 9, p. 9-16, 2011. DOI: https://doi.org/10.19030/iber.v10i9.5622_

LEAL, Victor Nunes. **Coronelismo, Enxada e Voto: o município e o regime representativo no Brasil**. São Paulo: Editora Schwarcz, 2009. Edição kindle.

LIMA, Ruy Cirne. **Introdução ao Estudo do Direito Administrativo Brasileiro**. Porto Alegre: Globo, 1937.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação. 2018. ePUB.

MARTINEZ, Luciano. 10. ed. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. Epub.

MODESTO, Paulo. NEPOTISMO EM CARGOS POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **O Direito Administrativo no século XXI**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

NOHARA, Irene. **Direito Administrativo**. São Paulo: GEN, 2019. ePUB.

NORONHA, Luana. Impessoalidade Administrativa na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. vol. 76, p. 235 – 262, jul/set. 2011.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. ePUB.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. Improbidade Administrativa e Política. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**. vol. 26, p. 219 – 240, jul/dez. 2010.

SARAIVA FILHO, Oswaldo Othon de Pontes. O Princípio da Moralidade Administrativa. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**. vol. 22, p. 129 – 132., jan/mar. 1998.

SILVA, José Afonso. **O Prefeito e o Município**. Brasília: SERPHAU, 1977.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

STRECK, Lenio Luis; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; NUNES, Dierle. Dos Deputados e dos Senadores. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

TYTKO, Anna; SMOKOVYCH, Mykhailo; DOROKHINA, Yuliia; CHERNEZHENKO, Olena; STREMENOVSKYI, Serhii. Nepotism, favoritism and cronyism as a source of conflict of interest: corruption or not?. **Amazonia investiga**. v. 9, n. 29, p. 163-169, 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.34069/AI/2020.29.05.19>.

VICE-PRESIDENTE DA OAB-PR FALA SOBRE NEPOTISMO DURANTE SEMINÁRIO. **Site oficial OAB-PR**. Curitiba. 25. nov. 2005. Seção do Paraná. Disponível em: <https://www.oabpr.org.br/vice-presidente-da-oab-pr-fala-sobre-nepotismo-durante-seminario/>. Acesso em: 12. set. 2021.

O NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO: PRINCIPAIS ALTERAÇÕES E OS IMPACTOS NOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

THE NEW BASIC SANITATION FRAMEWORK: MAIN ALTERATIONS AND IMPACTS IN BRAZILIAN MUNICIPALITIES

Giovani da Silva Corralo¹
Leonardo Tozzo Cominetti²

RESUMO

O presente artigo é resultado de um estudo acometido ao Novo Marco do Saneamento Básico e suas principais implicações no ordenamento jurídico nacional, especialmente nos municípios brasileiros. A Lei 14.026/2020 estabelece um novo padrão de serviço público no que tange ao saneamento básico brasileiro, tal conceito que não se restringe somente ao esgotamento sanitário, mas também ao manejo de resíduos domésticos, tratamento de água e limpeza urbana, atentando-se ainda para a ambiciosa meta de universalização do serviço até 2033, prazo que pode ser prorrogado até 2040 mediante avaliação da Agência Nacional de Água e Saneamento (ANA).

PALAVRAS-CHAVE: Autonomia. Competência. Federalismo. Lei 14.026/2020. Municípios. Saneamento Básico. Serviço público.

ABSTRACT

This article is the result of a study on the Novo Marco do Saneamento Básico and its main implications for the national legal system, especially in Brazilian municipalities. Law 14,026/2020 establishes a new standard of public service with regard to basic sanitation in Brazil, a concept that is not restricted only to sanitary sewage, but also to the management of domestic waste, water treatment and urban cleaning, also taking into account for the ambitious goal of universal service by 2033, a deadline that can be extended to 2040 upon evaluation by the National Water and Sanitation Agency (ANA).

KEYWORDS: Autonomy. Competence. Federalism. Law 14.026/2020. Municipalities. Basic

¹ Advogado. Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da graduação e programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto e Universidade 11 de Novembro – Angola. E-mail: gcorralo@upf.br.

² Graduando em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica PIBIC/UPF. Pós-Graduando em Gestão Pública e Direito Administrativo pela Escola Mineira de Direito. E-mail: leonardo.cominetti@gmail.com

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa perscruta as recentes alterações à Lei Geral do Saneamento Básico – LGSB – e seus impactos nos municípios brasileiros. Trata-se de assunto altamente relevante, uma vez que essas políticas são da titularidade municipal e a União possui a competência para a elaboração de diretrizes gerais. Utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental.

Para dar conta da problemática faz-se uma análise do desenvolvimento histórico do saneamento básico no Brasil, a mostrar que historicamente o poder municipal possui o protagonismo para a sua efetivação. Na sequência, analisa-se a Lei 11.445/07, recentemente alterada pela Lei 14.026/20, e suas principais inovações enquanto marco regulatório geral. Por fim, com fulcro na autonomia municipal decantada da ordem constitucional, avaliam-se as referidas alterações legislativas, especialmente se afronta a autonomia dos entes locais. É o que se busca.

1. PANORAMA HISTÓRICO DO SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL

Para uma melhor compreensão do trabalho exposto, é importante se iniciar por uma análise histórica da evolução do saneamento básico no Brasil em relação à política pública, bem como o seu desenvolvimento dentro do campo do Direito Administrativo. A fundação das primeiras cidades e a instituição do Governo Geral em 1548, fez com que comesçassem a surgir as primeiras questões referentes a saneamento básico no Brasil, mais precisamente, em um primeiro momento, quanto à água potável.³ Não existia a ideia de uma “rede” que pudesse atender as necessidades de toda cidade, considerando que eram destinados a uma seleta minoria de brasileiros.⁴

À medida que as cidades brasileiras foram crescendo, do mesmo modo aumentava a dificuldade da obtenção de água potável, especialmente para as regiões mais periféricas. A chegada da Corte ao Brasil em 1808, impõe a necessidade de mudanças:

Quando a corte chegou ao Rio de Janeiro, a colônia tinha acabado de passar por uma explosão populacional. Em pouco mais de cem anos, o número de habitantes aumentara dez vezes. O motivo fora a descoberta de ouro e diamante no final do século XVII. A corrida

³ SOUZA, Laura de Mello. **História da Vida Privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa**. São Paulo: Companhia das Letras, 1997. p. 103.

⁴ BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo: História da Higiene Pessoal no Brasil**. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007. P. 38/39.

para as novas áreas de mineração, que incluíam Vila Rica (atual Ouro Preto) e Tijuco, em Minas Gerais, e Cuiabá, no Mato Grosso, produziu a primeira onda migratória da Europa para o interior brasileiro. Só de Portugal, entre meio milhão e 800 000 pessoas mudaram-se para o Brasil de 1700 a 1800. Ao mesmo tempo, o tráfico de escravos se acelerou. Quase 2 milhões de negros cativos foram importados para trabalhar nas minas e lavouras do Brasil durante o século XVIII. Foi uma das maiores movimentações forçadas de pessoas em toda a história da humanidade. Como resultado, a população da colônia, estimada em cerca de 300 000 habitantes na última década do século XVII, saltou para mais de 3 milhões por volta de 1800.⁵

Buscando suprir a necessidade de infraestrutura das cidades brasileiras, respectivamente quanto ao acesso à água potável, importando uma ideia europeia, já muito cultivada na França e Portugal, surgem os chafarizes, como uma primeira forma de “política pública” para distribuir água potável entre a população. Posteriormente, já em meados do século XVIII/XIX, surgem cisternas e aquedutos, destacando-se que a incumbência pela manutenção destes espaços de água potável e gratuita era das câmaras municipais.⁶

Outro giro, agora com uma resposta mais contundente do poder público, em 1849 é criada a Comissão Central de Saúde Pública, a Comissão de Engenharia e, posteriormente, a Junta de Higiene Pública, voltadas ao levantamento de problemas sanitários nas cidades brasileiras. Muito embora esses órgãos visassem a institucionalização de políticas em âmbito nacional, a maior parte das ações foram restritas ao Rio de Janeiro, capital do Brasil.⁷

A situação narrada perdura até o início do séc. XX, conquanto, se vale destacar o início de uma primazia pela regulamentação do setor, influenciada pelas inovações na América do Norte, como as redes de distribuição de água e de esgoto e o surgimento dos banheiros modernos.⁸

É na década de 70 que se inicia a regulamentação e expansão do saneamento básico no Brasil:

Simplificadamente, portanto, pelo menos até o ano de 1970, os serviços permaneciam uma responsabilidade dos municípios, segundo o arranjo herdado do período colonial — o que até explica a redação final da Constituição Federal de 1988, que relaciona de maneira pouco clara os assuntos de interesse local com o saneamento básico. A experiência mais comum no Brasil envolvia autarquias municipais, diretamente responsáveis pelas ações de saneamento no seu âmbito, embora os estados, nos anos 1960, já estivessem instituindo as primeiras companhias estaduais que, mais tarde, teriam atuação destacada no setor. A tradição brasileira foi concebida dentro da perspectiva de

⁵ GOMES, L. **Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007, p.123).

⁶ REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008, p. 104.

⁷ MARQUES, E. C. Da higiene à construção da cidade: o Estado e o saneamento no Rio de Janeiro. **História Ciência Saúde**, Rio de Janeiro, fev. 2022.

⁸ BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo: História da Higiene Pessoal no Brasil**. 2007, p. 61

que os municípios, pelo interesse predominante e local, tinham a responsabilidade de desenvolver essa política pública nos seus limites territoriais⁹

Em 1971, foi lançado o Plano Nacional de Saneamento (PLANASA) que tinha como objetivo específico o aumento da cobertura do saneamento básico público brasileiro. O plano se estruturava basicamente no controle de financiamento total da União, contudo, a execução ficava a cargo dos Estados, por meio das Companhias Estaduais de Saneamento, sendo que o papel dos Municípios era de mero poder concedente.¹⁰ O programa possibilitou a fixação do subsídio cruzado, tal modalidade de cobrança de tarifa permite a criação de uma espécie de “estabilização” na cobrança dos serviços, observando as em conta as diversidades regionais.¹¹

Considerando o esgotamento de recursos da União, ainda em 1980 o PLANASA entrou em “crise”, diante da ausência de suporte do Governo Central e a falta de recursos dos Estados, resultando na extinção do programa. Surge, em 1993, o Programa de Modernização do Setor de Saneamento (PMSS), o qual possuía como premissa principal a reorganização do sistema, primando pela participação do capital privado.¹²

Diante deste panorama, necessário observar a evolução do acesso à água potável e a rede de esgoto no Brasil frente a porcentagem de sua população: 1970, esgoto 12% e água 32%; 1980, esgoto 29% e água 55%; 1991, esgoto 38% e água 71%; 2000, esgoto 51% e água 79%; 2001, esgoto 50% e água 89%; 2004, esgoto 51% e água 89%; 2014, esgoto 49,8% e água 83%; 2018 esgoto 53,2 % e água 83,6%; 2020 esgoto 55% e água 84,1%.¹³

Observando os dados estatísticos acima, é possível constatar que houve notório aumento na porcentagem de acesso aos serviços de saneamento básico no período de 1970 a 2001, posteriormente a isto, existe uma estabilização, e no caso do acesso à água potável uma diminuição. A evolução do acesso aos serviços de saneamento está diretamente relacionada aos investimentos realizados, tanto que os maiores investimentos, em proporção ao PIB, ocorreram na década de 1970.

A então Agência Nacional de Águas, criada pela Lei 9.984/2000, após o novo Marco do Saneamento Básico transformou-se em Agência Nacional de Águas e Saneamento Básico,

⁹ ZIMMER, Aloísio: **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)**. 1. Ed. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2021. p. 175.

¹⁰ MACHADO, Adriana de Souza. **A estrutura tarifária e a universalização dos serviços de saneamento básico: tensões e possíveis conciliações**. Dissertação (Mestrado em Direito). Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, 2018. p. 30.

¹¹ DEMOLINER, K. S. **Água e Saneamento Básico: Regimes Jurídicos e Marcos Regulatórios no Ordenamento Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008. p. 115.

¹² GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (Org.). **Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 22/23.

¹³ IBGE, Censo Demográfico, 2022. PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS – PNAD, 2022.

autarquia que irá desempenhar a função de supervisionar e articular as políticas de universalização do saneamento básico no país. Salienta-se que de início a ANA fora criada com o intuito de solucionar as crises hídricas e secas recorrentes, seja no sistema Cantareira em São Paulo, a seca recorrente de partes do Nordeste brasileiro, que possibilitou a realização da transposição do Rio São Francisco.

Também em 2000 se forma o Programa de Desenvolvimento do Setor Água (INTERÁGUAS), criado com o fim de aperfeiçoar todos os planos e projetos. Se passa a defender a recuperação das estruturas públicas destinadas à prestação do serviço de saneamento, focado na aplicação de políticas coordenadas e de cooperação dos entes federados.¹⁴

A Lei nº 11.445/2007, significativamente alterada pela Lei 14.026/20, é o marco da Lei Geral do Saneamento Básico – LGSB –, consagrando um arcabouço de princípios para a prestação desse serviço público, a destacar a universalização, integralidade, adequação, eficiência, publicidade, equidade, participação, segurança e qualidade, muitos destes já consagrados no art. 37 da Constituição Federal e atinentes à Administração Pública. Ademais, o conceito de saneamento básico foi expandido:

Nessa linha, com o advento da LGSB, o conceito de saneamento básico passou a abranger não só os serviços de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, mas também os de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e a drenagem e o manejo de águas pluviais. Esse conceito permitiu que fosse estabelecido um tratamento global de atividades interdependentes, como as de abastecimento de água e esgotamento sanitário, permitindo assim a celebração de contratos de interdependência entre prestadores de diferentes conjuntos de serviços de saneamento básico em uma mesma localidade.¹⁵

A LGSB foi o ponto inicial para um contundente e interessado olhar do poder público acerca das necessidades e dificuldades que o setor enfrentava no país. A universalização do serviço demanda forte e contínuo aporte de recurso, outrossim, com o crescimento exponencial da dívida pública brasileira, cria-se a possibilidade de corroborar o investimento privado com o público a fim de se garantir a universalização do serviço até 2033.

Em síntese, estabelece metas de universalização do serviço e de investimento contínuo no setor; análise da eficiência e eficácia dos serviços públicos prestados; a obrigatoriedade de os contratos estabelecerem metas de desempenho e de universalização dos serviços; a regionalização dos serviços de saneamento; impõe mudanças substanciais na competência e na sua regulação da ANA; e estimula a concorrência e a privatização das empresas estatais de saneamento.

¹⁴ ZIMMER, Aloísio: **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)**. p. 206/207.

¹⁵ MACHADO, Adriana de Souza. **A estrutura tarifária e a universalização dos serviços de saneamento básico: tensões e possíveis conciliações**. p. 33/34.

Ainda, ponto importante a ser observado é que a partir da LGSB o conceito de saneamento básico passa a englobar além do abastecimento de água tratada e o esgotamento sanitário, o manejo com os resíduos sólidos e as águas pluviais, a limpeza e a drenagem urbana. Com o intuito de se garantir a regionalização dos serviços, confere aos Municípios a obrigatoriedade de criação dos Planos Municipais de Saneamento Básico (PMSB), instrumento que tem por finalidade verificar as deficiências e necessidades do setor em cada município brasileiro, norteando assim o porte de recursos e a elaboração de políticas públicas.

2. O NOVO MARCO DO SANEAMENTO BÁSICO

A origem do novo marco do saneamento básico brasileiro está condicionada a uma primeira iniciativa do poder executivo através da MP 868/2018, que resultou no Projeto de Lei de Conversão 8/2019. Do texto promulgado pode-se elencar como as principais alterações: a universalização do sistema; delegação de serviços públicos por contratos de concessão precedidos de licitação; regulamentação do setor pela ANA; gestão associada; prestação de serviço regionalizada visando o equilíbrio econômico/financeiro dos contratos; cláusulas essenciais aos contratos (art. 10-A e art. 10-B da Lei n. 11.445/2007 - alterada pela Lei n. 14.026/2020); e, exigência de comprovação da capacidade econômico-financeira dos contratos (Decreto Federal n. 10.710/20210).

Sobre a universalização do serviço, a abertura do setor de saneamento básico à iniciativa privada busca basicamente reunir maior aporte de recursos, tendo em vista que a experiência brasileira no tocante a investimento público não surtiu resultado. Outrossim, inegável que o novo marco também possuiu olhar aguçado na modicidade tarifária e com a regionalização, tanto é que a inclusão da obrigatoriedade de licitar a concessão do serviço, o que anteriormente era dispensado, tem claro intuito da contratação da proposta mais vantajosa, ou seja, a menos onerosa para o consumidor.

Neste movimento de inovação legislativa, incumbirá à ANA regular o setor primando pelo oferecimento à população de soluções com valor acessível, ou, quando necessário, em regiões de clara vulnerabilidade, a utilização da modalidade de investimento subsidiado, ponto que merece atenção frente ao papel do BNDES no aporte de recursos. Também se tem a possibilidade de prestação regionalizada e associada do serviço, conforme expõe Aloísio Zimmer:

A adesão municipal a esses mecanismos de prestação regionalizada é, para conservar sua autonomia federativa, facultativa (art. 3º, § 5º). Contudo, aqueles que adiram serão contemplados com a possibilidade de flexibilização dos prazos para universalização (art. 11-B, § 9º) e prioridade para obtenção de recursos federais (art. 50, VI, da Lei n. 11.445/07 e art. 13, §§ 3º e 4º, da Lei n. 11.107/2005, alterados pelo Novo Marco). Essa condução à regionalização pode promover ganhos de escala e proteção de pequenos municípios (que

individualmente não seriam rentáveis), bem como oferecer uma chance de conservação do mecanismo do subsídio cruzado. Com certeza, destaca-se esse ponto como um dos relevantes dentro do conceito desenvolvido pelo Novo Marco Legal.¹⁶

Neste mesmo compasso, há clara possibilidade de participação direta da iniciativa privada no saneamento brasileiro através da abertura de mercado estimulada pela obrigatoriedade de se observar essas novas regras. Merece atenção a extinção dos convênios de cooperação, abolindo ainda a figura do contrato de programa. Sobre isso, sustenta Isadora Cohen que:

Arranjos criativos (mas perfeitamente legais, do ponto de vista jurídico) podem ser trazidos para a discussão que tem ganhado destaque com o Novo Marco. E isso porque, diante dos incentivos gerados pela nova regulação para a regionalização, ferramentas que já vinham sendo testados podem ser utilizados como instrumentos ótimos de conjugação entre os interesses públicos e privados, a partir da maior participação da iniciativa privada na consecução dos fins públicos e da organização administrativa como medida precedente para a viabilização desses interessantes modelos de negócio. Assim, diante de mecanismos que são promissores (como o do Piauí e os estruturados pelo BNDES) e que podem ser ferramentas para viabilizar uma maior eficiência e evolução para o setor, talvez valha uma reflexão sobre até que ponto faz sentido se afastar ou barrar essas alternativas (que também se valem de arranjos com parceiros privados) e sobre como se dará o regime de transição para contemplar e não prejudicar o que já existe e pode funcionar.¹⁷

Outro ponto importante que merece destaque é a imposição de metas nos contratos de prestação de serviços de saneamento. O art. 10–A da LGSB aduz que os contratos devem conter “metas de expansão dos serviços, de redução de perdas na distribuição de água tratada, de qualidade na prestação dos serviços, de eficiência e de uso racional da água”, o que vêm ao encontro da necessidade de eficiência e eficácia da concessão do serviço público.

Nesse mesmo sentido, o prazo imposto pela lei para a adequação da universalização do serviço foi fixado até 2023, porém, se comprovada a impossibilidade econômico-financeira do processo, tem-se o limite até o primeiro dia de janeiro de 2040. Frente a este prazo estendido, a nova lei aposta na prestação regionalizada do serviço, visando garantir a escala para tornar atrativo o investimento mesmo em regiões menos favorecidas, visto que, em tese, pequenos municípios seriam englobados nas regiões de municípios consideravelmente maiores, com o claro objetivo de equilibrar a relação de custos do serviço, tornando a taxa/tarifa acessível.

Não obstante, existem peculiaridades ao caso brasileiro:

O problema é que, por existir um déficit informacional, frequentemente, as correções não são feitas *ex ante*. Garantir segurança jurídica para os contratos, mas, ao mesmo tempo, torná-los flexíveis em razão das prováveis intercorrências derivadas da operação do sistema, por um prazo tão longo, é o ponto de equilíbrio a ser encontrado pelos reguladores. Por isso, tudo indica, será preciso combinar a regulação contratual e a

¹⁶ ZIMMER, Aloísio: **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)**. p. 232.

¹⁷ COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. **Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor**. In: **Jota**, São Paulo, 2020.

regulação econômica para dar ao setor a dinâmica essencial à preservação de uma relação saudável entre as obrigações do operador e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Só assim o setor será atrativo o suficiente para provocar uma ampliação do volume de investimento privado nesse mercado — circunstância observada nas licitações recentes em Alagoas e no Espírito Santo, ambas envolvendo regiões metropolitanas.¹⁸

De praxe discorrer sobre a amplitude que tem adquirido o direito ao Saneamento Básico, em uma simples analogia, tem-se que tal direito está diretamente relacionado aos direitos fundamentais a vida e a dignidade da pessoa humana, assim como ao direito social e fundamental de segunda geração à saúde. Neste sentido, a exemplo, ao trazer a necessidade de universalização do saneamento básico, logicamente o legislador visa uma melhoria na condição de vida da população e em um caráter preventivo de disseminação de doenças.¹⁹

Anteriormente, os princípios da universalidade, da solidariedade, da equidade, da integralidade, da sustentabilidade e da participação social já restavam positivados no art. 2 da Lei 11.445/2007, mesmo que de forma implícita, nos incisos V e VI do referido artigo. Por outro lado, o artigo citado sofreu alterações com a Lei 14.026/2020, tendo em vista que foram incluídos dois incisos (que neste ponto do texto tem relevância) e consequentemente dois novos princípios: XV - seleção competitiva dos prestadores; XVI - prestação regionalizada e prestação concomitante do abastecimento de água e do esgotamento.

Por fim, importante papel possui o BNDES na implantação e financiamento de obras de infraestrutura no setor. O Banco Nacional tem auxiliado governos municipais e estaduais a prepararem a modelagem de projetos de saneamento, além do mais, após aprovação do Novo Marco, houve exponencial crescimento nos projetos de saneamento na carteira do banco em fase de contratação, em 2018, o aporte era de 3,6 bilhões, ao passo que em 2021 ultrapassa os 35 bilhões. Ainda, desde a aprovação da inovação legislativa, o BNDES realizou nove leilões do setor, o que importou em movimentação em 42 bilhões de investimento e 30 bilhões de outorga aos cofres dos entes federados.²⁰

3. OS MUNICÍPIOS BRASILEIROS E OS IMPACTOS DA LEI 14.026/2020

Os municípios historicamente têm sido os principais atores na implementação e execução das políticas públicas de saneamento no Brasil. De toda a sorte, a tipologia do federalismo brasileiro requer a compreensão das competências federativas consoante as suas particularidades, pois se está a tratar de um federalismo por desagregação, centrípeto,

¹⁸ ZIMMER, Aloísio: **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020)**. p. 235.

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 631.

²⁰ Agência Brasil. **BNDES fez nove leilões de saneamento com R\$ 42 bi em investimentos**.

cooperativo, simétrico e trinário. Por desagregação por ter sido oriundo de um Estado unitário;²¹ centrípeto pela considerável concentração de competências e recursos na União;²² cooperativo em razão das significativas matérias destinadas a mais de uma pessoa política, como é o caso das competências concorrentes e comuns dos art. 24 e 23 da Constituição Federal;²³ simétrico pelo mesmo tratamento dado pela Constituição para todas as pessoas políticas, em termos de competências e de representatividade no Senado;²⁴ trinário pelo fato do município integrar o pacto federativo, algo singular nas federações contemporâneas, usualmente binárias.²⁵

A *ratio* que embasa a repartição de competências na Constituição de 1988 é a preponderância do interesse,²⁶ assim, o que for do interesse nacional compete à União, regional aos estados e local às municipalidades. É o que se extrai dos art. 21 a 30 da CF, verdadeira coluna vertebral da repartição de competências. Trata-se de uma consideração *prima facie*, pois há diversas adjudicações de competências às pessoas políticas em todo o texto constitucional.

O saneamento se encontra nas matérias deferidas à União para a definição de diretrizes gerais (art. 21, XX da CF), o que ocorreu através da LGSB – Lei 11.445/2007 – recentemente alterada pela Lei 14.026/20. A execução das políticas de saneamento, que não deixa de consignar competências legislativas suplementares, é de todas as pessoas políticas – art. 23, IX da CF. Trata-se de política que deve estar integrada às políticas de saúde, nos termos do art. 200, IV da CF, em razão da sua relação direta com a prevenção de doenças e outros males. De toda a sorte, é inquestionável o protagonismo do poder municipal para tratar do assunto e a respectiva titularidade dos serviços de saneamento.

Aliás, tendo por parâmetro a repartição constitucional de competências é que se pode afirmar a existência de um *pool* de autonomias desfrutadas pelos municípios: auto-organizatória, política, administrativa, legislativa e financeira. A autonomia auto-organizatória repousa na elaboração da Lei Orgânica Municipal. A autonomia política reside na escolha dos governantes locais – Chefe do Executivo, vice e vereadores – pelos cidadãos. A autonomia legislativa abrange a elaboração de um complexo sistema normativo local, consoante as espécies legislativas previstas no art. 59 da Constituição Federal. A autonomia financeira compreende a instituição, arrecadação e aplicação dos tributos próprios, bem como das transferências constitucionais, nos

²¹ RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 446-47.

²² BREMAEKER, François E. J. de. **Os Municípios Brasileiros**, 2013.

²³ RAMOS, Dircêo Torrecillas. 2000, p. 48.

²⁴ LIZIERO, Leonam. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. 2017. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017, p. 174-175.

²⁵ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação brasileira**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 164.

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 482.

termos da legislação orçamentária. Por fim, a autonomia administrativa permite ao governo local dispor sobre a organização e funcionamento de todas as atividades administrativas locais.²⁷

É com fulcro na autonomia municipal e das principais normas que atingem as municipalidades que é feita a análise da LGSB, fortemente alterada em 2020, uma vez que se trata da prestação de um serviço público historicamente da alçada do poder municipal. Eis os principais impactos:

a) enquanto princípios fundamentais encontram-se, dentre outros, a prestação regionalizada dos serviços, a seleção competitiva e a prestação concomitante dos serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário (art. 8º). A titularidade dos serviços de saneamento será do município; do Estado e municípios no caso de região metropolitana, aglomerações urbanas e microrregiões devidamente instituídas se houver o interesse comum; e dos municípios, no caso de consórcio público (art. 8º).

b) há um significativo estímulo para que os municípios prestem os serviços de saneamento básico de forma associada ou integrada com outros municípios. Corretamente, não se obriga, mas se estimula. É o caso dos municípios pertencentes a uma Região Integrada de Desenvolvimento,²⁸ que podem regionalizar os serviços de saneamento, a requerer a concordância dos respectivos entes (art. 2º, §5º). Também permite, como não poderia deixar de ser, que os municípios prestem esses serviços através de consórcios públicos intermunicipais – associações públicas – criados para esta finalidade (art. 8º). Os recursos federais serão destinados, prioritariamente, para os serviços regionalizados (art. 50). Aliás, a União definirá blocos de referência para a prestação regionalizada dos serviços de saneamento (art. 52, §3º).

c) a prestação dos serviços de saneamento por ente que não integre a administração do titular do serviço somente poderá ocorrer para contrato de concessão precedido do devido certame licitatório, a vedar os antes usuais convênios de cooperação Município-Estado para a celebração de contrato de programa com empresa pública ou sociedade de economia mista estadual.

d) a necessidade de metas nos contratos de concessão é teratológica. É um absurdo a simples possibilidade de não possuir. O atingimento mínimo de 99% da população com água tratada e 90% com coleta e tratamento de esgoto nos municípios brasileiros até 31 de dezembro de 2033 deve constar nos planos de saneamento e nas respectivas pactuações. Tais metas

²⁷ CORRALO, Giovanni da Silva. **Município: autonomia na Federação brasileira**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 197-239.

²⁸ Criadas por lei federal, é similar a uma região metropolitana, com a diferença de englobar municípios de Estados distintos, como é o caso das RIDE do Distrito Federal e Entorno, da RIDE Polo Petrolina e Juazeiro e RIDE da Grande Teresina. Nas RIDE a União formulará os planos regionais de saneamento básico (art. 52).

poderão ser postergadas para 1º de janeiro de 2040 no caso da prestação regionalizada e da constatada inviabilidade econômico-financeira.

e) se o serviço de saneamento for municipal, deverá existir um plano municipal; se for regionalizada, o plano deverá ser regional (art. 8º, 9º e 17). O planejamento resta como um dever inescusável, a ser revisto periodicamente, com o apoio da União. O Decreto 7.217/10, alterado em 2020, definiu o prazo de 31/12/22 para que os entes locais tenham o seu plano de saneamento, sob pena de não poderem acessar recursos públicos federais (art. 28, §2º).

f) os planos de saneamento são fulcrais e devem estar em sintonia com os planos das bacias hidrográficas e com os planos diretores, possibilitando-se uma formatação mais simplificada em municípios com menos de 20.000 habitantes (art. 19).

g) os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos devem ser custeados por taxa, a conduzir à renúncia de receita, se não concretizada (art. 35).

h) poderá haver a cobrança pelos serviços de drenagem e manejo de águas pluviais, a considerar a permeabilização do solo e sistemas de amortecimento ou retenção da água da chuva, dentre outros fatores, o que pode ocorrer também por taxa;

i) a União assume como política da sua responsabilidade obras de infraestrutura básica de esgotamento sanitário e abastecimento de água potável em núcleos urbanos formais, informais e informais consolidados passíveis de Reurb (art. 53-D).

j) quem exercer a titularidade dos serviços deverá definir a entidade responsável pela fiscalização e regulação (art. 8º, §5º), que deverá ser um ente autárquico (art. 21). A recente alteração legislativa conduz a um conflito com o decreto regulamentador 7.217/07, que prevê a possibilidade de o titular exercer a regulação através de órgão da Administração Direta ou ente da Administração Indireta, inclusive consórcios, como pode ser delegada, através de convênio de cooperação, para ente de outro ente da Federação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O saneamento básico, historicamente, repousou dentre as competências do poder municipal. A LGSB significou considerável avanço em termos de políticas públicas, pois se encontra dentre as diretrizes gerais de competência da União. Além dos clássicos serviços de água e esgoto também engloba o lixo, a drenagem urbana e o manejo das águas pluviais.

As recentes alterações ocorridas em 2020 trouxeram novas regras a serem observadas. De uma maneira geral, impactam as escolhas do poder municipal, como é o direcionamento da

prestação regionalizada. Neste caso, contudo, não se afrontam as legítimas escolhas do titular dos serviços, o município, pois se trata, apenas, de um direcionamento.

Entretanto, há dois questionamentos que podem ser feitos em razão da possibilidade de afrontar a autonomia municipal. Primeiro, quanto à obrigatoriedade da instituição de taxa para os serviços de limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos, sob pena de renúncia de receita, pois invade a legítima escolha do gestor de custear esses serviços com os demais recursos da municipalidade. De um determinado município entende ser capaz de suportar esse ônus sem a taxa, por que a sua obrigatoriedade?

O segundo questionamento repousa na regulação, pois a redação alterada em 2020 apenas prevê a sua efetivação por ente autárquico, a contrariar a própria regulamentação posta no Decreto 7.217/07, neste ponto ainda inalterado, que prevê a possibilidade de o titular exercer a regulação por si, seja por ente da administração indireta, seja por órgão público da administração direta. O município, titular do serviço na maior parte dos casos, deve ter esse poder de escolha da regulação e fiscalização a ser exercida sobre os serviços de saneamento.

Salvo esses dois questionamentos, o novo marco regulatório do saneamento básico no Brasil traduz importante avanço para a efetivação de uma imprescindível política pública em para uma maior qualidade de vida da população, mais especificamente em termos de saúde pública, a impulsionar os entes locais para a sua concretude.

REFERÊNCIAS

Agência Brasil. **BNDES fez nove leilões de saneamento com R\$ 42 bi em investimentos.** Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2022-06/bndes-fez-nove-leiloes-de-saneamento-com-r-42-bi-em-investimentos> , acesso em: 22 de julho de 2022.

ARAÚJO, Flávia Camargo de; BERTUSSI, Geovana Lorena. **Saneamento Básico no Brasil: estrutura tarifária e regulação.** In: Planejamento e Políticas Públicas, n. 51, jul./dez. 2018.

BREMAEKER, François E. J. de. **Os Municípios Brasileiros, 2013.** Disponível em: <http://www.oim.tmunipal.org.br/?pagina=docum>. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. Casa Civil. **Diretrizes Gerais e Guia Orientativo para Elaboração de Análise de Impacto Regulatório — AIR, 2018.** Disponível em: https://www.gov.br/casacivil/pt-br/centrais-de-conteudo/downloads/620diretrizes-gerais-e-guia-orientativo_final_27-09-2018.pdf/view. Acesso em: 20 fev 2022

BRASIL. **Lei 11.445 de 05 de janeiro de 2007**, disponível em <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2007/lei-11445-5-janeiro-2007-549031-publicacaooriginal-64311-pl.html> , acesso em 20 de julho de 2022.

BUENO, Eduardo. **Passado a Limpo — História da Higiene Pessoal no Brasil**. São Paulo: Gabarito de Marketing Editorial, 2007.

CAMATTA, A. F. A. **Saneamento Básico: Desafios na Universalização Frente aos Impasses Econômicos e Sociais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

COHEN, Isadora; ALTALE, Marcela; MOURA, Viviane. **Regionalização nos serviços de saneamento básico e novo marco regulatório do setor**. In: **Jota**, 10 ago. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/columnas/infra/regionalizacao-nos-servicos-de-saneamento-basico-e-novo-marco-regulatorio-do-setor-008%E2%80%A6>. Acesso em: 20 de abril de 2022.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação brasileira**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

DE MELO, Ana Léa Ribeiro Lemos. **Comparação de desempenho entre governanças de provisão de serviços públicos: uma análise para o saneamento básico brasileiro**. Universidade Federal de Uberlândia — Instituto de Economia e Relações Internacionais, 2019.

DEMOLINER, K. S. **Água e Saneamento Básico: Regimes Jurídicos e Marcos Regulatórios no Ordenamento Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

Folha de São Paulo. **Marco do saneamento amplia investimentos e multiplica carteira do BNDES**. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2021/11/marco-do-saneamento-amplia-investimentos-e-multiplica-carreira-do-bndes.shtml> , acesso em 18 de julho de 2022.

GOMES, L. **1808: Como uma rainha louca, um príncipe medroso e uma corte corrupta enganaram Napoleão e mudaram a História de Portugal e do Brasil**. São Paulo: Planeta do Brasil, 2007.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A Evolução Jurídica do Serviço Público de Saneamento Básico**. In: OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; DAL POZZO, Augusto Neves. (coords.). Estudos sobre o Marco Regulatório do Saneamento no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

IBGE. **Censo Demográfico**. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica/25089-censo-1991-6.html?edicao=25090&t=publicacoes> , acesso em 13 de julho de 2022.

LIZIERO, Leonam. **Estado Federal no Brasil: o federalismo na Constituinte de 1987/1988 e a descentralização pela assimetria**. 2017. Tese (Doutorado em Direito), Faculdade de Direito, Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2017.

MACHADO, Adriana de Souza. **A estrutura tarifária e a universalização dos serviços de saneamento básico: tensões e possíveis conciliações**. Dissertação (mestrado) - Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas, 2018. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/27362/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Adriana..Machado.%20FINAL.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 21 fev. 2022.

MARQUES. E. C. **Da higiene à construção da cidade: o Estado e o saneamento no Rio de Janeiro. História Ciência Saúde – Manguinhos**. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz, jul/out. 1995, p. 51/27, Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-59701995000300004 . Acesso em: 23 fev. 2022.

OLIVEIRA, Carlos Roberto. **Em busca da efetividade na regulação: os avanços e desafios jurídico-institucionais das agências reguladoras de saneamento**. In: DAL POZZO, Augusto Neves; OLIVEIRA, José Roberto Pimenta; BERTOCCELLI, Rodrigo de Pinho. (coords.). Tratado sobre o marco regulatório do saneamento básico no Direito brasileiro. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

PESQUISA NACIONAL POR AMOSTRA DE DOMICÍLIOS – PNAD. Disponível em <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9127-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios.html?=&t=destaques> , acesso em 13 de julho de 2022.

RAMOS, Dircêo Torrecillas. **O Federalismo Assimétrico**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

REZENDE, Sonaly Cristina; HELLER, Léo. **O Saneamento no Brasil: políticas e interfaces**. 2. ed. Belo Horizonte: Editora UFMG, 200.

Saúde e Saneamento no Brasil: Aspectos Conceituais e Regulatórios e os Desafios para a Adoção de Políticas Públicas Intersectoriais no País. In: MOTA, Carolina. (coord.). Saneamento Básico no Brasil: aspectos jurídicos da Lei Federal n. 11.445/2007. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SISTEMA NACIONAL DE INFORMAÇÕES SOBRE SANEAMENTO – SNIS. Disponível em <http://www.snis.gov.br/painel-informacoes-saneamento-brasil/web/painel-setor-saneamento>, acesso em 13 de julho de 2022.

SOUZA, Laura de Mello. (org.). **História da Vida Privada no Brasil: cotidiano e vida privada na América Portuguesa.** São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

ZIMMER, Aloísio: **Direito administrativo do saneamento: um estudo a partir do Novo Marco Legal (Lei 14.026/2020).** 1. Ed. Porto Alegre: Editora Evangraf, 2021.

UMA ANÁLISE DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL PELO VIÉS DO PENSAMENTO DECOLONIAL

AN ANALYSIS OF THE NATIONAL TAX SYSTEM BY THE BIAS OF DECOLONIAL THOUGHT

Luiza Boff Lorenzon
Marilaine Moreira de Jesus

RESUMO

O presente artigo buscou por meio de um estudo explicativo e exploratório, analisar o Sistema Tributário Nacional sob o viés do pensamento decolonial, baseado em um recorte histórico da formação do mesmo. Se faz pertinente tal análise, na medida em que diversas práticas adotadas em outras épocas acabam por se reproduzir no contexto atual, ao passo que, tal modelo de tributação ao invés de sua adequação ao modelo constitucional, acaba por ser incompatível com a concepção de Estado Democrático. Logo, sucede-se a um exame dos ideais e pensamentos necessários para identificar e explicitar como se insere a decolonialidade, mediante a compreensão dos estudos da colonialidade e pós-colonialidade, principalmente, em relação à colonialidade e suas implicações aos Estados colonizados. Ao final, argumenta-se a viabilidade de intervenções decoloniais e de fomento à justiça social na construção de um novo pensamento de política econômica e por consequência, um sistema tributário mais equitativo.

PALAVRAS-CHAVE: Colonialidade. Decolonialidade. Pós-colonialidade. Sistema Tributário Nacional.

ABSTRACT

This article sought, through an explanatory and exploratory study, to analyze the National Tax System under the bias of decolonial thinking, based on a historical cut of its formation. Such an analysis is relevant, insofar as several practices adopted in other times end up being reproduced in the current context, whereas such a taxation model, rather than its adequacy to the constitutional model, turns out to be incompatible with the conception of the State Democratic. Then, there is an examination of the ideals and thoughts necessary to identify and explain how decoloniality is inserted, through the understanding of coloniality and post-coloniality studies, mainly in relation to coloniality and its implications for colonized states. In the end, it argues the viability of decolonial interventions and the promotion of social justice in the construction of a new thought of economic policy and, consequently, a more equitable tax system.

KEYWORDS: Coloniality. Decoloniality. Postcoloniality. National Tax System.

INTRODUÇÃO

Atualmente, no Brasil e no mundo, em qualquer atividade comercial, de produção, de transação financeira, de compra e venda, e até mesmo em casos de falecimentos, há a incidência de algum tributo. É possível verificar que os tributos estão intimamente incluídos em nosso cotidiano, sem que nos deparamos de fato. Todo indivíduo é obrigado a pagá-lo, porque sem eles o Estado não existiria e as políticas públicas não se concretizariam.

Os métodos de tributação são muito antigos, bem como o utilizado no Brasil e suas diversas formas de arrecadação. Esses sempre estiveram ligados aos interesses coletivos ou, em teoria deveriam ser baseados em observações das diferenças entre público e privado. Trata-se de um legado que advém de uma época em que as constituições sequer existiam e, claramente, o poder não podia ser contido por noções abstratas de legitimidade e legalidade.

Como se analisará adiante, a tributação no período Imperial e Colonial no Brasil até a implantação do Estado Democrático de Direito, se verifica que predominaram as responsabilidades de pagamentos, e não os direitos garantidos por lei ou pelas Constituições. Concomitantemente, todos os impostos existentes em épocas passadas eram remanejados para transferir riqueza para os Estados soberanos, ao invés de serem aplicados em ações públicas nacionais.

Portanto, há que se ter uma análise do processo colonial, pós-colonial, e por fim, da decolonização, com o viés de desconstruir ideias de opressão e dominação imposta pelos poderes soberanos, principalmente na esfera econômica. Esse artigo busca repensar o Sistema Tributário Nacional a partir de uma visão decolonial, uma vez que as principais necessidades públicas do Estado são amplamente ancoradas pelos tributos, e para isso se faz necessário uma abordagem histórica da formação do Sistema Tributário Nacional.

1 UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA DA FORMAÇÃO DO SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL

A noção de sistema tributário, direito tributário e conceito de tributo nem sempre foi entendida como no momento atual, fazendo-se necessário assim, uma retomada histórica dos tributos, para posteriormente realizar a análise da formação do Sistema Tributário Nacional a partir da colonização até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

No Brasil e nos demais países da América do Sul, o sistema tributário no período colonial foi marcado por uma imposição da vontade da metrópole sobre a colônia. A forma de arrecadação das receitas tributárias nas colônias de exploração ocorria por meio dos monopólios régios, os quais impunham que todas as riquezas e produtos encontrados na colônia deveriam ser propriedade da coroa.

Na época do Brasil Colônia, em 1534 já surgiam as primeiras repartições tributárias e que foram abolidas em 1770, essas eram chamadas de Provedorias da Fazenda Real. Já no início do século XVII, devido ao aumento nos valores de transportes, houve a redução da produção do açúcar e a coroa portuguesa iniciou a extração de metais preciosos, principalmente ouro, surgindo o ciclo do ouro ou da mineração.

O que se verificava por parte da população era uma arrecadação unilateral realizada pela coroa, gerando descontentamento pela sua não aplicação dos recursos para o bem-estar comum. Também ficava evidente uma elevada arrecadação tributária incidente nas atividades que proporcionavam maiores lucros para a coroa¹.

Durante o período colonial foram adotadas algumas formas de estruturação do Estado, tendo consequências sociais e econômicas ainda hoje para o país. A primeira é o sistema de contratação de impostos decorrentes das exportações e importações de produtos e dízimos para a família real. Era então possível observar a particularização dos recursos do Estado, que permitia que os particulares controlassem e arrecadassem os impostos devidos dentro de um determinado prazo. Por essa razão, no Brasil, ainda hoje se tem a dificuldade em diminuir os desvios do dinheiro público pela própria mentalidade dos agentes que controlam tais recursos.

A segunda forma a se observar são as atividades de sonegação e contrabando, realizadas por colonos diante da excessiva cobrança de tributos bem como, das restrições que eram exigidas pelo fisco na produção e circulação das mercadorias.

No início do século XIX, mais precisamente no ano 1822, quando ocorreu a Independência do Brasil, e por conseguinte culminou na separação entre Portugal e Brasil, a história tributária brasileira acaba tendo diversas mudanças. Diante da necessidade de transferir a sede da coroa para o Rio de Janeiro, exigiu-se uma mudança no sistema tributário, para que fosse possível arcar com os gastos.

No entanto, mesmo após a Independência do Brasil e a promulgação da Constituição do Império de 1824, a essência dos tributos permanecia a mesma, no sentido de que a arrecadação era feita diante das atividades econômicas, “sendo que as atividades de circulação dos produtos agropecuários era a principal fonte de rendas do novo e nascente estado brasileiro”².

¹ LICAS JÚNIOR, José Carlos et al. **Custos Tributários: Uma análise do sistema tributário brasileiro por meio de seu contexto histórico.** Trabalho de conclusão de curso – Curso de Bacharelado em Ciências Contábeis. Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Marília, 2008, p. 35. Disponível em: <<https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1230/Microsoft%20Word%20-%20Custos%20Tributários%20Uma%20análise%20do%20sistema%20tributário%20brasi....pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 20 out. 2022.

² LICAS JÚNIOR, José. **Custos Tributários: Uma análise do sistema tributário brasileiro por meio de seu contexto histórico.** p. 40.

Finda-se o período imperial no Brasil, sem que houvesse sido estruturado de maneira efetiva um sistema tributário razoável e coerente, o qual respeitasse a capacidade econômica do contribuinte e proporcionasse uma repartição dessa arrecadação ao povo e as províncias.

No ano de 1891 é promulgada uma nova Constituição, denominada Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, a qual traz a separação de poderes, a extinção do Poder Moderador e, conceitos de república e federalismo³.

Em geral, a Constituição de 1891 pela introdução do sistema federalista no país, levou às mudanças na tributação nacional, acarretando numa separação das competências tributárias e arrecadações da União para os Estados-membros, embora não tenha sido um benefício que demonstrasse um real ganho tributário. De acordo com Amed e Negreiros, a inovação federalista trouxe modificação na estrutura da tributação do sistema nacional, conferindo aos estados maior autonomia para tributar operações de comércio, especialmente a do café⁴. No entanto, não houveram garantias estendidas aos cidadãos, com exceção da legalidade.

Logo depois surge a Constituição de 1934 conhecida como Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, fruto de um período governado por decretos. Por conseguinte, como característica desse período, a esfera municipal obtinha maior autonomia, que pela primeira vez contava com certos privilégios e prerrogativas tributárias próprias.

A Constituição de 1934 foi a mais curta da história do Brasil, e diante do descontentamento de Getúlio Vargas e dos grupos que o mesmo representava, esse assume o Poder por meio de um golpe de Estado, culminando na outorga da Constituição de 1937.

Após a “Era Vargas”, surge então a Constituição de 1946, a qual diante das mudanças na economia nacional, passava-se à maior interesse nas atividades industriais e urbanas em detrimento às atividades primárias, buscando-se com isso a reconstrução de uma nova ordem no país. Embora tivessem sido realizadas reformas para adequar o sistema tributário, elas não lograram êxito na tarefa de ajustar o sistema às novas realidades da economia, fato esse que acarretou à criação de uma comissão cujo objetivo era elaborar um projeto de reforma tributária.

Maffezoli aponta duas razões principais que levam à convicção de que uma revisão abrangente e profunda do sistema tributário brasileiro era urgentemente necessária. A primeira, é o fato de o sistema atual estar desatualizado, pois foi concebido para um país de economia

³ MARTUSCELLI, Pablo D. Para uma compreensão histórica do Sistema Tributário Nacional de 1988. In: CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional**. Fortaleza, 2010, p. 4214. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3117.pdf>. Acesso em: 20 out. 2022.

⁴ AMED, Fernando J.; NEGREIROS, Plínio J. L. C. **História dos Tributos do Brasil**, 1. ed. São Paulo: SINAFRESP, 2000, p. 240.

semicolonial. A segunda razão, era a necessidade de usar a tributação como ferramenta para a política de desenvolvimento econômico e para orientar o investimento no interesse da economia nacional⁵.

No entanto, é nesse período que vem à tona o Ato Institucional nº 1, encerrando a breve trajetória democrática do país e beneficiando os interesses da época. O golpe militar de 1964 inaugurou um período ímpar na história do país, que ocasionou diversas reformas na estrutura, com impacto direto na ordem tributária vigente à época. Nesse sentido, viabilizou a Emenda Constitucional nº 18/65 e, posterior, a promulgação do Código Tributário Nacional (CTN), ambos fortemente influenciados pelo período militar.

As propostas de emendas constitucionais que ocasionaram a Emenda nº 18/65, tinha como propósito a tentativa de reestruturação tributária do país sob o prisma do federalismo, juntamente com a necessidade de sistematizar as cobranças de tributos de maneira mais adequada à economia e às políticas de desenvolvimento, visto que seria a primeira emenda com objetivo visivelmente fiscal⁶.

Na década de 1980, ocorria então o declínio do sistema político vigente, não obstante, o surgimento de ideias neoliberais fator esse concomitante no processo de reforma constitucional, que resultou na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/88), a qual reconheceu um conjunto bastante amplo de direitos e princípios de soberania popular, divisão dos poderes, acesso à justiça, entre outros⁷. Nesse movimento que a CRFB/88 restaurou o efetivo federalismo e a cooperação, por meio da autonomia estadual e municipal.

O processo de autonomia dos entes federados, em conjunto aos ideais de contenção da centralização do poder tiveram influência sobre o sistema tributário na Constituição de 1988, sendo que dotação de maior parcela de autonomia implicaria em ampliação da competência tributária de estados-membros e municípios, ao contrário do que ocorreu com a União, que perdeu competências tributárias⁸.

⁵ MAFFEZOLI, Lineu C. **Impactos da Reforma Tributária de 1965-1967 sobre as finanças públicas municipais**: um estudo de casos. Dissertação (mestrado em ciência econômicas). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. São Paulo, 1979, p. 14. Disponível em: <<http://repositorio.unicamp.br/Acervo/Detalhe/74879>>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁶ MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 1998, p. 100.

⁷ WERMUTH, M. A. D.; NIELSSON, J. G. Pela minha família, por Deus e pelo fim da corrupção: notas sobre o patrimonialismo na política brasileira contemporânea e a falência do Estado Democrático de Direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, 2017, p. 61. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/870>. Acesso em: 22 out. 2022.

⁸ MARTUSCELLI, Pablo D. Para uma compreensão histórica do Sistema Tributário Nacional de 1988. p. 4220.

A Carta Magna de 1988, no que diz respeito à matéria tributária, inaugurou no Título IV o novo Sistema Tributário Nacional, fixando propriamente dito, normas principiológicas, regras de competência e, também, os limites constitucionais ao seu exercício.

Malgrado as suas virtudes e do nítido ressurgimento do complexo conjunto de direitos e garantias difundidos no texto constitucional, esse por si só não determina uma maior eficácia na tributação estabelecida atualmente, tendo em vista que as normas de direito tributário que vigoram a partir da CRFB/88, concentram as bases de tributação majoritariamente acerca do consumo e do faturamento, sendo um possível reflexo da Constituição de 1964.

Isto é, o que veio para alcançar em outros patamares findou por representar os mesmos fins, eis que foi parcialmente incapaz de cumprir o papel redistributivo, impossibilitando a realização ou tornando quase inexecutável a concessão daqueles direitos fundamentais previstos no artigo quinto da CRFB/88.

2 COLONIALIDADE, PÓS-COLONIALIDADE E DECOLONIALIDADE

A expansão colonial a partir do século XVI, acompanhada de grandes viagens e do "descobrimento" das Américas, era vista nessa abordagem como condição necessária para a existência e manutenção do capitalismo industrial. Por outro lado, o fim do colonialismo histórico e político nas Américas, juntamente com o estabelecimento de Estados independentes no século XIX, não é condição necessária e suficiente para a libertação política, econômica e cultural dos países sul-americanos⁹.

Com o intuito de elucidar os desdobramentos sociopolíticos desse processo, Quijano desenvolve o conceito de colonialismo e, em diálogo com a tradição marxista, busca um relato epistemológico da dominação do Norte sobre o Sul, aqui considerando América Latina, mais precisamente o Estado brasileiro.

A colonialidade é parte constitutiva do poder capitalista que opera por meios coercitivos no âmbito da vida social, no âmbito da subjetividade e da intersubjetividade, com o objetivo de replicar e manter as relações sociais de dominação. Portanto, é algo que transcende a especificidade do colonialismo histórico e não desaparece com a independência ou a descolonização.

⁹ ASSIS, Wendell F. T. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. **Caderno CRH**, Salvador, Set/Dez, 2014, p. 613. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/mT3sC6wQ46rf4M9W7dYcwSj/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 23 out .2022.

Para Quijano, a colonialidade tem como característica um modelo de poder que decorre de uma distinção da população, segundo “ideia de raça, uma construção mental que expressa a experiência básica da dominação colonial e que, desde então, permeia as dimensões mais importantes do poder mundial”¹⁰.

Nessa mesma lógica, as velhas hierarquias coloniais que eram categorizadas como identidades europeia e não europeia continuam enraizadas e intrincadas na divisão do trabalho e na acumulação de capital. Essa matriz de poder, manifestada pelo colonialismo tentou e ainda tenta obscurecer o fato de que a Europa surgiu e se desenvolveu em grande medida, por parte da exploração política e econômica das colônias subalternas¹¹.

Partindo-se dessa ideia, o pós-colonialismo se refere ao período que sobreveio ao processo de descolonização dos territórios conquistados, que estavam sob domínio colonial.

Pós-colonialismo se trata de um termo conceitual o qual se originou nas discussões sobre a descolonização das colônias africanas e asiáticas, após a Segunda Guerra Mundial. Nessa conjuntura, sociólogos e cientistas políticos, no presente utilizam gradativamente a expressão como adjetivo para descrever mudanças no estado e na economia das ex-colônias, que passaram a fazer parte do Terceiro Mundo, categoria essa, criada no mesmo período¹². Nesse sentido, “o pós-colonial é uma abertura para a memória histórica capaz de levar a sério as dimensões constitutivas do empreendimento colonial e da agência dos subalternos”¹³.

Trata-se de um projeto que busca condenar as diferentes formas de dominação e opressão dos povos, identificada na relação antagônica entre colonizador e colonizado. Como uma escola de pensamento, o pós-colonialismo não possui uma única vertente, mas está associado aos trabalhos de teóricos como de Fanon, Stuart Hall, Aimé Césaire, Edward Said e ao Grupo de Estudos Subalternos criado em 1970 pelo indiano Ranajit Guha¹⁴.

Para Santos, o ponto de partida para uma visão pós-colonial parte do pressuposto de que a proximidade e arredores tornam possíveis uma visibilidade de estruturas de conhecimento e

¹⁰ QUIJANO, Aníbal. Don Quijote y los molinos de viento en América Latina. In: **Pasos**. San José: DEI, Departamento Ecueménico de Investigaciones, Set/Oct, 2005, p. 7.

¹¹ ASSIS, Wendell F. T. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. **Caderno CRH**, Salvador, Set/Dez, 2014, p. 614.

¹² CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. In: LANDER, Edgar (Org.). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 58-60. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624095004/7_Coronil.pdf. Acesso em: 26 out. 2022.

¹³ LUSTOSA QUEIROZ, M. V.; SCOTTI, G. Direitos fundamentais como abertura para o passado: diálogos entre Ronald Dworkin e a teoria Pós-colonial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. Curitiba, 2021, p. 222 Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1520>. Acesso em: 26 out. 2022/

¹⁴ ROSEVICS, Larissa. Do pós-colonial à decolonialidade. In: CARVALHO, Glauber; ROSEVICS, Larissa (Orgs). **Diálogos internacionais: reflexões críticas do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Perse, 2017, p. 187. Disponível em: https://dialogosinternacionais.com.br/?page_id=784. Acesso em: 25 out. 2022.

poder, fazendo com que a geopolítica tenha um compromisso fundamental em problematizar quem produz esse conhecimento, para quem é produzido e, em que contexto é produzido¹⁵.

Ademais, conforme salienta Reis e Andrade, “as marcas indeléveis da situação colonial simplesmente não abandonaram os povos colonizados, tampouco os abandonarão, tendo em vista a magnitude da operação [...] que hodiernamente se desdobra na colonialidade de poder”¹⁶.

O mundo colonizado é moldado pelas visões do colonizador. Isso significa que os valores impostos aos sujeitos subjugados são a base da cultura colonizada. Os sujeitos subjugados são forçados a aderir a padrões econômicos, linguísticos, bélicos, culturais e raciais, os quais são fundamentados, notadamente, pelos valores dos colonizadores por meio da imposição do aparato cultural colonial.

Em vista disso, é preciso que os pesquisadores construam um pensamento inovador, que, como ressalta Rosevics, não se trata de uma única matriz teórica, mas um emaranhado de perspectivas que constantemente se concentram em temas de intervenções políticas, culturais e econômicas decorrentes do neocolonialismo¹⁷.

Transpondo a ideia do pós-colonialismo, a ideia decolonial propõe construir um campo de pensamento totalmente inovador, expressando cultura, política e economia de forma interdisciplinar, privilegiando elementos cognitivos locais, muitas vezes não condizente com o legado criado pela situação colonial¹⁸. Segundo Grosfoguel, uma perspectiva decolonial não pode se basear no universalismo abstrato, mas no diálogo entre vários projetos críticos, políticos, éticos e, epistêmicos, para um mundo pluralista¹⁹.

Urge esclarecer, no entanto, que as ideias pós-coloniais e decoloniais são projetos em construção à medida que as relações sócio-históricas acontecem no seio da sociedade moderna. Nesse sentido, conforme explana Colaço, o entendimento decolonial observa a colonização como um acontecimento de longo prazo e com muitas rupturas, ao invés de uma etapa histórica que já havia sido superada. Dessa forma, o que se propõe é enfatizar que a intenção não é

¹⁵ SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro. In: **Travessias: Revista de Ciências Sociais em Língua Portuguesa**. Coimbra: Centro de Estudos Sociais. 2008, p. 18-20. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43227>. Acesso em: 26 out. 2022.

¹⁶ REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, v. 17, n. 202, p. 04. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41070>. Acesso em: 26 out. 2022.

¹⁷ ROSEVICS, Larissa. Do pós-colonial à decolonialidade. In: CARVALHO, Glauber; ROSEVICS, Larissa (Orgs). **Diálogos internacionais: reflexões críticas do mundo contemporâneo**. Rio de Janeiro: Perse, 2017, p. 188.

¹⁸ REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, p. 03.

¹⁹ GROSGOUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 80. 2008, p. 117.

desmantelar ou reverter a colonização, ou seja, superar o momento colonial por meio de um momento pós-colonial, mas sim “provocar um posicionamento contínuo de transgredir e insurgir”. “O decolonial implica, portanto, uma luta contínua”²⁰.

De acordo com Costa Neto, o decolonialismo propõe interromper com as ideias gravadas, por gerações nas mentes e corpos, representados, por exemplo, pelas tradições greco-romanas e eurocentristas, acolhendo “o pensamento dos povos originários e de diáspora forçada”²¹. Significa, portanto, proporcionar a oportunidade de exteriorização das narrativas históricas dos povos subalternizados no período colonial. O eurocentrismo colonial impôs sistematicamente a cultura europeia a outros povos, dividindo os indivíduos em raças e, desqualificando todos os povos não europeus.

O sociólogo Aníbal Quijano, afirma que o conceito de colonialidade se refere às condições em que se estabelece um sistema capitalista, como modelo para o funcionamento das relações de poder por meio da classificação racial-étnica da população mundial²². A natureza colonial do poder facilita a categorização social, uma vez que controla e governa aspectos culturais dos povos anteriormente subordinados. Nesse panorama, “o processo de descolonização intelectual torna-se laborioso em decorrência dos resquícios do colonialismo nas culturas dos povos colonizados”²³.

O pensamento decolonial não é construído sobre um discurso acadêmico, nem uma inovação intelectual, mas sim traz um conhecimento que sempre existiu, no entanto não encontrava espaço para apreciação, sendo muitas vezes ofuscado pela erudição eurocêntrica.

Assim, conforme explicam os autores Reis e Andrade, o objetivo não é simplesmente uma descolonização ou a remoção de depósitos coloniais das culturas subjacentes, pois tal escolha pode em última análise levar a uma lacuna epistêmica, que ocasionaria por “legitimar o epistemicídio promovido pelo etnocentrismo europeu e demonstraria a não-epistemologia colonizada”²⁴. O escopo do decolonialismo, não se refere apenas a despir o manto europeu da

²⁰ COLAÇO, Thais L.; DAMÁZIO, Eloise da S. P. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina**: o direito e o pensamento decolonial. v. IV. 2012, p. 08. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99625>. Acesso em: 26 out. 2022.

²¹ COSTA NETO, Antonio G. da. A Denúncia de Cesáire ao Pensamento Decolonial. *Revista EIXO*. V. 5. N. 2. Jul/Dez. 2016, Brasília, p. 51. Disponível em: <http://revistaeixo.ifb.edu.br/index.php/RevistaEixo/article/view/310>. Acesso em: 26 out. 2002.

²² QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010, p. 84. Disponível em: <https://ayalaboratorio.files.wordpress.com/2017/09/quijano-anibal-colonialidade-do-poder-e-classificac3a7c3a3o-social.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

²³ REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, p. 05.

²⁴ REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, p. 07.

sociedade colonial, mas também de resgatar e até reconstruir epistemologias dilaceradas pela violência do colonialismo.

Isto posto, o processo de decolonização se mostra indispensável, com o viés de desconstituir ideias de opressão e dominação, principalmente na esfera econômica. Salienta-se entretanto, que não se trata de um pensamento comunista, que é inerentemente anti capitalista, mas sim de um projeto de libertação e emancipação dos povos subalternos, reconhecendo a autenticidade de suas culturas, políticas, economias e ideologias, uma vez que “a liberdade não tem preço, tem valor”²⁵.

3 O SISTEMA TRIBUTÁRIO NACIONAL A PARTIR DE PARADIGMAS DECOLONIAIS

O surgimento do Estado brasileiro, manifesta-se desvinculado dos objetivos de sua população e incompatível com a atuação e vontade do povo, uma vez que se criou uma aliança entre o poder aristocrático e a elite agrícola, fazendo surgir um modelo de Estado, que mesmo após o período colonial e a Declaração da Independência, continuou defensor das intenções das classes dominantes, da propriedade e do capital.

Para tanto, emerge e urge a validação da pesquisa decolonial e suas contribuições, que abrangem um complexo de resistência ao sistema do capital mundial a partir de uma perspectiva latino-americana²⁶. Na perspectiva epistêmica de um olhar subalterno, Ramón Grosfoguel questiona como superar a modernidade eurocêntrica sem desperdiçar seus pontos positivos. Faz-se necessário, além de um estudo por meio de uma perspectiva subalterna, produzir a partir dela ensinamentos silenciados e subalternizados²⁷.

Portanto, faz-se necessário repensar a Constituição e o Estado a partir de uma visão decolonial, uma vez que as principais necessidades financeiras do Estado são amplamente ancoradas pelos tributos. Cabral salienta que essa é a realidade e as regras do Estado Moderno. Os Estados, liberais ou sociais em termos de ordem econômico-financeira, incluindo a

²⁵ REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, p. 08.

²⁶ CABRAL, Ana Rita Nascimento. O Estado Moderno fiscal e as intervenções decoloniais. *In*: CONPEDI, VI, 2016, Santa Catarina. **Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano: Estado e Instituição**. p. 56. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/72HW0144eB62mHg3.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

²⁷ GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *In*: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). **Revista Crítica de Ciências Sociais**, 80. 2008, p. 115.

valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, utilizam a tributação como uma forma primária e/ou central de captação de recursos para sua manutenção e realização de seus objetivos²⁸.

Entende-se que uma das estratégias é redistribuir a riqueza tributando os fluxos globais que, sem dúvida, contribuirá muito para minimizar o déficit público e alcançar os objetivos básicos como também o “dever normativamente” assumidos pela República Federativa do Brasil²⁹. Dar efeito ao artigo 3º da CRFB/88 é ouvir os subordinados.

Ainda, conforme Cabral, os países periféricos podem e devem buscar mudanças na forma de sua integração nesse sistema econômico mundial capitalista. A intervenção política nos Estados-nação, apesar de suas limitações, é importante para a transformação dos sistemas que operam. Essas limitações dependem das realidades de cada país, pois o espaço para mudanças políticas e sociais radicais muitas vezes, é limitado³⁰.

Avançar no conhecimento subordinado e afastar-se das bases eurocêntricas significa trabalhar com a opção da descolonização, ou seja, voltar-se para as perspectivas locais na construção do pensar, do saber, sobrepujando os modelos de dependência.

Conforme ressalta Cabral, a partir dos séculos XV e XVI, a América Latina e a África foram introduzidas em um sistema econômico definido durante estágios iniciais de suas colonizações. Essa “introdução”, muito embora ainda permaneça insuperável, ainda possibilita a formação, o desenvolvimento e a expansão da economia capitalista em uma escala global. É realidade que a atual “capacidade de formulação, definição e execução de políticas próprias, em especial no meio econômico, para arenas transnacionais ou supranacionais, onde, como resultado, tem-se os principais interesses sociais dos Estado periféricos violados”³¹.

À vista disso, busca-se redefinir e repensar o Direito Tributário Brasileiro levando-se em consideração as relações econômicas a partir de um olhar subalterno nacional. Ou seja, trata-se da intenção de reafirmar a luta pelo cumprimento dos ideais sociais presente na Constituição Federativa do Brasil, com vistas a acentuar a dignidade humana como fundamento do Estado, e

²⁸ CABRAL, Ana Rita Nascimento. O Estado Moderno fiscal e as intervenções decoloniais. *In*: CONPEDI, VI, 2016, Santa Catarina. **Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia**: o novo constitucionalismo latino-americano: Estado e Instituição. p. 60.

²⁹ SIQUEIRA, D. P. Federalismo, Competência e Inclusão social: Brasil um país inclusivo?. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. [S. l.], v. 22, n. 1, 2017, p. 111. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/717>. Acesso em: 9 set. 2022.

³⁰ CABRAL, Ana Rita Nascimento. O Estado Moderno fiscal e as intervenções decoloniais. *In*: CONPEDI, VI, 2016, Santa Catarina. **Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia**: o novo constitucionalismo latino-americano: Estado e Instituição. p. 61.

³¹ CABRAL, Ana Rita Nascimento. O Estado Moderno fiscal e as intervenções decoloniais. *In*: CONPEDI, VI, 2016, Santa Catarina. **Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia**: o novo constitucionalismo latino-americano: Estado e Instituição. p. 62-63.

almejar a construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária, que são objetivos fundamentais da Constituição.

Não é por razões estritamente econômicas que o Estado se tornou insustentável orçamentariamente. Esses não são desalinhamentos temporários devido a gestões incompetentes, e que podem ser resolvidos por meio de leis específicas e medidas fiscais. O Estado tornou-se insustentável por causa de sua própria organização e objetivos político-administrativos, planos de desenvolvimentos, escolhas entre suas próprias constituições e leis esparsas. Logo, acredita-se que a resolução do problema tributário atual não é apenas de natureza econômica, mas também de natureza política, ao passo que a organização tributária e administrativa do Estado brasileiro subalterno deve ser ajustada para se adequar à sua realidade.

A decolonização do Estado nacional e do sistema tributário permeia uma abordagem teórica e prática na construção de um novo projeto de desenvolvimento social, que não reproduza os mesmos padrões utilizados em outras épocas.

Para tanto, diante dos propósitos de pensamentos e intervenções decoloniais e de fomento a justiça social, faz-se necessário um reexame da estrutura tributária atual, a qual é mesclada por fatores culturais, políticos e administrativos, que ainda faz lembrar de uma arrecadação da época do império, com controle e administração avançados, porém com a estrutura de destinação da arrecadação de valores não materializados.

A indignação e relutância da sociedade brasileira, conforme visto no início deste trabalho, remonta a época colonial, e é pela mesma razão: má gestão dos recursos públicos, ou seja, o brasileiro não consegue ver o destino dos tributos que paga. Nesse sentido, é necessário repensar em uma política econômica e num sistema tributário nacional mais equitativo, mas para isso é objetivo encontrar mecanismos que permitam viabilizar esse propósito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim, olhando para a história brasileira, a partir do legado colonial de exploração, opressão e desinteresse pela justiça, percebe-se que a organização do sistema tributário brasileiro foi pautado em um sistema colonial capitalista, com interesses ocultos e anacronismo, carecendo dessa forma de princípios liberais e sociais, bem como de maior transparência.

Ademais, logra-se a necessidade de buscar um sistema que corresponda a vontade de construir uma sociedade mais “livre, justa e solidária”, reduzindo as desigualdades sociais, em que os parâmetros de dignidade humana e soberania estatal não se constituam em vernáculos vazios.

A abordagem teórica e prática da decolonização dos Estados e do sistema tributário permeia a construção de novos projetos de desenvolvimento social e a não replicação de padrões utilizados em outras épocas. Assim, dado o propósito de decolonizar ideias e promover a justiça, há a necessidade de revisitar a atual estrutura tributária, no sentido de repensar a política econômica e encontrar mecanismos que permitam que isso aconteça.

REFERÊNCIAS

AMED, Fernando J.; NEGREIROS, Plínio J. L. C. **História dos Tributos do Brasil**, 1. ed. São Paulo: SINAESP, 2000.

ASSIS, Wendell F. T. Do colonialismo à colonialidade: expropriação territorial na periferia do capitalismo. **Caderno CRH**, Salvador, v. 27, n. 72, p. 613-627, Set/Dez, 2014. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/mT3sC6wQ46rf4M9W7dYcwSj/abstract/?lang=pt>>. Acesso em: 23 out .2022.

BRASIL. Constituição (1824). Constituição Política do Império do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1891). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1934). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1937). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1946). Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1967). Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 23 ago. 2022.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

_____. Lei no 5172, de 25 de outubro de 1996. **Código Tributário Nacional**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172.htm. Acesso em: 25 ago. 2022.

CABRAL, Ana Rita Nascimento. O Estado Moderno fiscal e as intervenções decoloniais. *In: CONPEDI*, VI, 2016, Santa Catarina. **Congresso Internacional Constitucionalismo e Democracia: o novo constitucionalismo latino-americano: Estado e Instituição**. Disponível em: <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/qu1qisf8/1j3ng77c/72HW0144eB62mHg3.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

COLAÇO, Thais L; DAMÁZIO, Eloise da S. P. **Novas perspectivas para a antropologia jurídica na América Latina: o direito e o pensamento decolonial**. v. IV. 2012, p. 151-201. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/99625>. Acesso em: 26 out. 2022.

CORONIL, Fernando. Natureza do pós-colonialismo: do eurocentrismo ao globocentrismo. *In: LANDER, Edgar (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. Buenos Aires: Clacso, 2005, p. 55-68. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624095004/7_Coronil.pdf. Acesso em: 26 out. 2022.

COSTA NETO, Antonio G. da. A Denúncia de Cesáire ao Pensamento Decolonial. **Revista EIXO**. V. 5. N. 2. Jul/Dez. 2016, Brasília, p. 51. Disponível em: <http://revistaeixo.ifb.edu.br/index.php/RevistaEixo/article/view/310>. Acesso em: 26 out. 2022.

GROSFOGUEL, Ramón. Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global. *In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Orgs.). Revista Crítica de Ciências Sociais*, 80. 2008, p. 07-207. Disponível em: <https://journals.openedition.org/rccs/697>. Acesso em: 26 out. 2022.

LICAS JÚNIOR, José Carlos et al. **Custos Tributários: Uma análise do sistema tributário brasileiro por meio de seu contexto histórico**. Trabalho de conclusão de curso – Curso de Bacharelado em Ciências Contábeis. Centro Universitário Eurípides de Marília (UNIVEM). Marília, 2008. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1230/Microsoft%20Word%20-%20Custos%20Tributários%20Uma%20análise%20do%20sistema%20tributário%20brasi....pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 20 out. 2022.

LUSTOSA QUEIROZ, M. V.; SCOTTI, G. Direitos fundamentais como abertura para o passado: diálogos entre Ronald Dworkin e a Teoria Pós-Colonial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 26, n. 3, p. 217–240, 2021. DOI:

10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v26i31520. Disponível em:
<https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1520>. Acesso em: 26 out. 2022.

MAFFEZOLI, Lineu C. **Impactos da Reforma Tributária de 1965-1967 sobre as finanças públicas municipais**: um estudo de casos. Dissertação (mestrado em ciência econômicas). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Universidade Estadual de Campinas. São Paulo, 1979. Disponível em: < <http://repositorio.unicamp.br/Acervo/Detalhe/74879>>. Acesso em: 22 out. 2022.

MARTUSCELLI, Pablo D. Para uma compreensão histórica do Sistema Tributário Nacional de 1988. *In*: CONPEDI, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional**. Fortaleza, 2010, p. 4210-4225. Disponível em: < <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3117.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2022.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. **Compêndio de Direito Tributário**. 5. ed. São Paulo: Editora Forense, 1998.

QUIJANO, Aníbal. Don Quijote y los molinos de viento en América Latina. *In*: **Pasos**. San José: DEI, Departamento Ecuménico de Investigaciones, Set/Oct, 2005, p. 1-14. Disponível em: http://biblioteca.clacso.edu.ar/Costa_Rica/dei/20120711013853/donquijote.pdf. Acesso em: 25 out. 2022.

_____. Colonialidade do poder e classificação social. *In*: SANTOS, Boaventura; MENEZES, Maria Paula (Orgs.). **Epistemologias do Sul**. São Paulo: Cortez, 2010. Disponível em: <https://ayalaboratorio.files.wordpress.com/2017/09/quijano-anibal-colonialidade-do-poder-e-classificac3a7c3a3o-social.pdf>. Acesso em: 26 out. 2022.

REIS, Maurício de N.; ANDRADE, Marcilea. F. F. de. O pensamento decolonial: análise, desafios e perspectivas. **Revista Espaço Acadêmico**. 2018, v. 17, n. 202, p. 01-11. Disponível em: <https://periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/41070>. Acesso em: 26 out. 2022.

ROSEVICS, Larissa. Do pós-colonial à decolonialidade. *In*: CARVALHO, Glauber; ROSEVICS, Larissa (Orgs.). **Diálogos internacionais**: reflexões críticas do mundo contemporâneo. Rio de Janeiro: Perse, 2017. Disponível em: https://dialogosinternacionais.com.br/?page_id=784. Acesso em: 25 out. 2022.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Do pós-moderno ao pós-colonial. E para além de um e outro. *In*: **Travessias: Revista de Ciências Sociais em Língua Portuguesa**. Coimbra: Centro

de Estudos Sociais. 2008, p. 15-36. Disponível em: <https://estudogeral.sib.uc.pt/handle/10316/43227>. Acesso em: 26 out. 2022.

SIQUEIRA, D. P. Federalismo, Competência e Inclusão social: Brasil um país inclusivo?. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. [S. l.], v. 22, n. 1, p. 102–127, 2017. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdf.v22i1717.. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/717>. Acesso em: 27 out. 2022.

WERMUTH, M. A. D.; NIELSSON, J. G. “PELA MINHA FAMÍLIA, POR DEUS E PELO FIM DA CORRUPÇÃO”: notas sobre o patrimonialismo na política brasileira contemporânea e a falência do Estado Democrático de Direito. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, [S. l.], v. 22, n. 1, p. 46–79, 2017. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdf.v22i1870. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdf/article/view/870>. Acesso em: 22 out. 2022.

JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: COMO OS DESENHOS INSTITUCIONAIS PODEM AFETAR O PROCESSO DE TOMADA DE DECISÃO

JUDICIALIZATION OF POLITICS: HOW INSTITUTIONAL DESIGNS CAN AFFECT THE DECISION-MAKING PROCESS

Isabelle Klein¹

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo tecer considerações acerca da judicialização da política, apontando as causas e consequências do protagonismo judiciário instaurado, sobretudo, no pós Constituição Federal de 1988. Para tanto, através do método descritivo e da técnica bibliográfica, traz à pesquisa a relação entre direito e política, bem como disserta sobre a legitimidade do judiciário sob dois movimentos filosóficos: o procedimentalismo e o substancialismo. Por fim, estuda-se o arranjo institucional que evidencia o Supremo Tribunal Federal na arena política, delimitando as causas que o fazem exercer o poder de última palavra no ordenamento jurídico e, muitas vezes, na política nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização da política. Teoria procedimentalista. Teoria Substancialista. Ativismo Judicial. Desenhos institucionais. Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT

The present makes considerations about the judicialization of politics, taking into account the causes and consequences of the judicial protagonism established, mostly after the Federal Constitution of 1988. Therefore, through the descriptive method and the bibliographic technique, it brings to the research the relationship between law and politics and as discuss about the legitimacy of the judiciary under two philosophical movements: proceduralism and substantialism. Finally, studies the institutional arrangement that evidences the Federal Supreme Court in the political arena, delimiting the causes that make it exercise the last word power in the legal system and, often, in national politics.

KEYWORDS: Judicialization of politics. Procedural theory. Substantial theory. Judicial activism. Institutional arrangment. Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

A judicialização da política é um fenômeno que ocorre, notadamente, há mais de 30 trintas anos, isto é, desde a promulgação da Constituição Federal, em 1988. A Carta Magna prevê no

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 128135@upf.br

seu artigo XXV que toda lesão ou ameaça de lesão a direitos pode ser levada para o crivo do Poder Judiciário, o que encorajou parte do povo a buscar seus direitos através desse Poder. Outrossim, tendo em vista a inércia legislativa em determinadas situações, o judiciário acaba por se tornar o abrigo procurado pela sociedade.

A atuação do poder judiciário em decisões que levam um grande alcance político gera opiniões polarizadas: alguns aplaudem, outros vaiam. Basta acessar o noticiário para ver a repercussão de decisões de cunho político que são levadas ao crivo dos Tribunais, notadamente o Supremo Tribunal Federal. Não é difícil constatar, muitas vezes, a irresignação do Poder Executivo e Legislativo quanto a essa ingerência. E a expansão da importância dos Tribunais em questões políticas também acaba por redesenhar as funções dos Poderes Executivo e Legislativo.

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. Assim, pretende-se realizar observações sobre as dinâmicas políticas para entender o comportamento dos atores e instituições dentro do desenho constitucional podem oferecer direções de reflexões com a finalidade de fortalecer a própria Constituição.

1. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

O princípio da separação dos poderes² foi elaborado durante o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), a fim de remover da mão de um indivíduo o exercício do pleno poder. A atividade legislativa era voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de condutas. A administrativa possuía atividade primária e espontânea, sendo o Direito aplicado por iniciativa própria, considerando os interesses da própria administração. Enquanto a atividade judiciária dizia a respeito da atuação da vontade concreta da lei. Os juízes deveriam sujeitar-se apenas à lei, não podendo criar novos Direitos (CAMBI, 2018, p. 231).

Nesse sentido, no Estado Liberal havia neutralização política da atividade judicial, uma vez que havia autodelimitação (*judicial self-restraint*) por parte do Poder Judiciário, já que o juiz ao aplicar o direito, somente deveria fazer o enquadramento do fato à norma, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Isso quer dizer que os órgãos judiciais deveriam agir em um cenário jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*. “Com isso, mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do Direito” (CAMBI, 2018, p. 234).

² Ou funções. “Tecnicamente, é melhor, contudo, falar em princípio da separação das funções, uma vez que o poder estatal é um só, como bem dispõe a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 1, ao mencionar que todo poder emana do povo” (CAMBI, 2018, p. 231).

Entretanto, se no Estado Liberal o Poder Judiciário era caracterizado pela neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social (século XX) houve explosão de litigiosidade pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais e também ampliou a visibilidade social e a política da magistratura. Isto é, a sociedade passou a cobrar a concretização dos direitos constitucionais e isso acarretou a juridificação da justiça distributiva (CAMBI, 2018, p. 238).

O Poder Judiciário como protagonista entre os três poderes é um fenômeno relativamente recente, mas não é exclusividade brasileira. No Canadá, por exemplo, a Suprema Corte foi convocada a decidir acerca da constitucionalidade dos Estados Unidos fazerem testes com mísseis em solo canadense. Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte, no julgamento de *Bush v. Gore*, decidiu as eleições presidenciais. Em Israel, a Suprema Corte deliberou a respeito da compatibilidade, com a Constituição e com atos internacionais, para construção de um muro na fronteira com o território palestino. A Corte Constitucional da Turquia tem desempenhado um papel vital na preservação de um Estado laico, protegendo-o do avanço do fundamentalismo islâmico. Na Hungria e na Argentina, planos econômicos de largo alcance tiveram sua validade decidida pelas mais altas Cortes. Na Coreia, a Corte Constitucional devolveu o mandato de um presidente que havia sido destituído por *impeachment* (BARROSO, 2012, p. 23).

Entretanto, tais momentos diferem do protagonismo em tempos mais recentes, pois em praticamente todos os episódios do passado os tribunais se destacaram pelo seu conservadorismo, pelo tratamento discriminatório da agenda política progressista ou dos agentes políticos progressistas, pela sua incapacidade para acompanhar os processos mais inovadores de transformação social, econômica e política, muitas vezes apoiados pela maioria da população e, também, tais intervenções públicas foram, em geral, isoladas, em resposta a acontecimentos políticos atípicos, em momentos de transformação social e política profunda e acelerada (SANTOS, et. al., 1995, p. 2).

Todavia, o protagonismo judiciário atual converge com o anterior em relação ao confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano, notadamente com o Poder Executivo sendo utilizada também a nomenclatura “judicialização dos conflitos políticos” (SANTOS, et. al., 1995, p. 3). Boaventura (1995, p. 1) assevera:

[..] a política judiciária, que é uma característica matricial do Estado moderno, só se afirma como política do judiciário quando se confronta, no seu terreno, com outras fontes de poder político. Daí que a judicialização dos conflitos políticos não possa deixar traduzir-se na politização dos conflitos judiciários.

Com efeito, insta mencionar que o crescimento exponencial da litigação nos tribunais, não está apenas no comportamento de atores individuais, mas sim advém da perda de credibilidade

e da capacidade de atração dos partidos políticos, de uma vida associativa frágil e destituída de meios para negociar conflitos, não restando outro recurso a uma cidadania desamparada e fragmentada senão recorrer à Justiça. “O atual gigantismo do Judiciário e a monumentalidade arrogante de suas sedes são a contraface [...] da falta de República e de suas instituições (VIANNA, 2016).

Loiane Verbicaro (2008, 390) leciona acerca de algumas situações que facilitaram o processo de judicialização da política no Brasil: 1) a promulgação da Constituição Federal de 1988; 2) a universalização do acesso à justiça; 3) a existência de uma Constituição aberta; 4) a leitura do direito, a crise do formalismo e positivismo jurídico; 5) a ampliação do espaço reservado ao Supremo Tribunal Federal; 6) a hipertrofia legislativa; 7) a crise do Poder Legislativo brasileiro.

No mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2012, p. 24) afirma que a primeira grande causa da judicialização foi a redemocratização do país com a promulgação da Constituição Federal. O Judiciário deixou de ser um departamento técnico-especializado e passou a ser um verdadeiro poder político. A segunda causa foi a constitucionalização abrangente, que trouxe ao corpo da Constituição diversas matérias que antes eram objetos para o processo político majoritário e para a legislação ordinária. A partir do momento em que uma situação (pode versar sobre direito individual, prestação estatal ou fim público) é contida em uma norma constitucional, ela se transforma em uma pretensão jurídica que pode ser levada ao crivo do judiciário. A última causa da judicialização, segundo Barroso, é o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade, que é um dos mais abrangentes do mundo. Ele combinou aspectos de dois sistemas, o europeu e o americano:

[...] desde o início da República, adota-se entre nós a fórmula americana de controle incidental e difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal pode deixar de aplicar uma lei, em um caso concreto que lhe tenha sido submetido, caso a considere inconstitucional. Por outro lado, trouxemos do modelo europeu o controle por ação direta, que permite que determinadas matérias sejam levadas em tese e imediatamente ao Supremo Tribunal Federal. A tudo isso se soma o direito de propositura amplo, previsto no art. 103, pelo qual inúmeros órgãos, bem como entidades públicas e privadas – as sociedades de classe de âmbito nacional e as confederações sindicais – podem ajuizar ações diretas. Nesse cenário, quase qualquer questão política ou moralmente relevante pode ser alçada ao STF (BARROSO, 2012, p. 24-25).

Dessa forma, diante do caráter aberto e abstrato da Constituição, com o intuito de fazer valer as normas fundamentais, exigiu do Poder Judiciário um papel que se assemelha com um poder existente no sistema de *common law*, “no qual é através do seu papel criador, de *judge-made-law*, que se densifica e se concretiza as normas previstas na Constituição” (BARBOZA; KOZICKI, 2012, p. 63). O Direito Constitucional judicializou a política a medida que a política, notadamente representada pelos conflitos sociais e direitos fundamentais, passaram a ser temas de Direito Público, havendo uma correlação entre Direito Constitucional e a política (CAMBI,

2018, p. 289). Vianna também afirma que foi o próprio constituinte que reservou ao Judiciário o papel de estar no interior da trama política brasileira (VIANNA, p. 15).

Outrossim, o juiz não pode se autolimitar no exercício dos seus poderes (teoria do chamado *self-restraint*) - como acontecia no período liberal- a pretexto de se tratar de questões políticas, típicos ao exercício do poder parlamentar ou executivo, ou por cuidar de juízos de conveniência ou de oportunidade. Isso porque, uma vez constado que o legislador ou administrador desrespeitou a Constituição, não possui outra alternativa ao juízo constitucional se não decidir acerca da inconstitucionalidade, independente da natureza da demanda, sendo política ou não (CAMBI, 2018, p. 290).

Ran Hirschl (2006, p. 723-725), estudioso canadense, divide a judicialização da política em três grupos: O primeiro decorre da expansão do discurso legal para a esfera política e para fóruns de decisões políticas, sendo a judicialização inerente à tomada das relações sociais e culturais por meio das leis, o que deriva do aumento da complexidade e diversidade e da expansão do bem-estar social em sociedades modernas. O segundo é a judicialização das políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões de atos administrativos, o que acaba por aumentar a responsabilidade do Judiciário em decidir sobre as políticas públicas, mormente sobre questões de direitos fundamentais, o que acarreta em uma transcendência aos limites dos demais poderes políticos. O terceiro grupo é o da judicialização da política pura, que transfere às Cortes questões de natureza política e de grande repercussão para a sociedade, como por exemplo, questões sobre legitimidade do regime político.

Assentadas as possíveis causas para a judicialização da política, necessário se mostra aferir o conceito do referido fenômeno. Barroso a chama de “judicialização da vida” e leciona que a judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social são decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais, quais sejam, o Congresso Nacional e o Poder Executivo. Em outras palavras: a judicialização é um fenômeno que transfere o poder para juízes e tribunais (BARROSO, 2012, p. 24).

Lênio Streck jurista gaúcho, leciona que a judicialização da política “é uma contingência histórica que ocorre de tempos em tempos, sobretudo em países periféricos de modernidade tardia que possuem uma constituição analítica como o Brasil” (STRECK, 2016, p. 730). A judicialização da política é um processo social o qual há expansão pelo poder constituinte ou parlamentar da área de atuação dos tribunais, de maneira que a vida política, social e econômica seja levada à ação judicial. A judicialização não é escolhida, tampouco promovida pelo juiz, mas é consequência da alteração do texto constitucional ou legal que amplia a competência dos órgãos judiciais (LEITE, 2011, p. 179).

Para Alexandre e Quenya (2018, p. 80) a judicialização da política deposita nos juízes “uma altanaria moral que termina por lhes irrogar a onipresença de oráculos a cuja palavra todos se submetem reverencialmente”. Ainda, eles afirmam que há a conversão de magistrados em legisladores positivos. A transferência de determinados embates ao judiciário ocorre também devido a necessidade de observância do plano global traçado pela política, o que acaba por acomodar expectativas, principalmente quando acordos interpartidários conflitam com interesses do Executivo (COURA; DE PAULA, 2018, p. 80). Ainda, acertadamente acrescentam:

A judicialização, fenômeno também de outras culturas, nasce da sensibilidade coletiva de que a conquista e a preservação dos direitos dependem do judiciário para decidir costeando a lei e até colocando-se acima dela, no papel de verdadeiro tutor da política, sem se submeter ao filtro da aprovação popular. Esse sentimento de crença na virtuosidade da toga advém do descrédito da política majoritária, incapaz de produzir consensos e responder aos reclamos da cidadania desencantada por uma governabilidade atada a conjunções duvidosas, mas próprias das tratativas partidárias a fim de garantir projetos pró-governo, no denominado “presidencialismo de coalisão”, que surge da convivência entre representação proporcional, multipartidarismo e presidencialismo imperial, mantida pelo loteamento de cargos, distribuição de verbas e alianças espúrias (COURA; DE PAULA, 2018, p. 80-81).

Com efeito, constata-se que a judicialização da política é relativa ao “novo estatuto dos direitos fundamentais e à superação do modelo de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política” (VERBICARO, 2008, p. 391), uma vez que a política se judicializa na tentativa de garantir os direitos fundamentais consagrados na Carta Magna. Contudo, sobre o assunto, necessário se demonstra a análise acerca da legitimidade do poder judiciário a decidir sobre temas políticos. Para tanto, passa-se ao exame das correntes procedimentalista e substancialista.

2. LEGITIMIDADE DO JUDICIÁRIO: TEORIAS PROCEDIMENTALISTA E SUBSTANCIALISTA

A jurisdição constitucional pode ser indicada por dois movimentos filosóficos: o procedimentalismo e o substancialismo. O primeiro, apoiado por doutrinadores como Garapon e Habermas, “nega que a legitimidade da jurisdição esteja na análise dos conteúdos substanciais das normas infraconstitucionais, pretensamente subjacentes à Constituição” (CAMBI, 2018, p. 373). Além disso, o procedimentalismo também desaprova o gigantismo ou politização do Poder Judiciário, pois devem resistir à tentação de interpretar o Direito através da introdução de juízos morais, comprometeria a imparcialidade e acabaria por enfraquecer a democracia representativa (CAMBI, 2018, p. 373).

Nessa corrente, o debate acerca dos significados e obrigações jurídico-constitucionais não deve ser resolvido pelo Poder Judiciário, devendo ser ignorado no espaço político, com a atuação viva dos partidos políticos e dos movimentos sociais, uma vez que o judiciário não teria legitimidade, já que não foi eleito pelo povo e não poderia exercer o controle de políticas públicas

(CAMBI, 2018, p. 374). “O modelo procedimental defende que a Constituição não deve ter nenhum dever ou proibição substancial que restrinja a competência do legislador” (CAMBI, 2018, p. 377).

Para o professor Marcio Hamel (2010, p. 151), é notório que o Poder Judiciário toma espaço que é da política. Trazendo apontamentos de Habermas, Hamel (2010, p. 151). explica que o Tribunal não pode intervir em decisões da política e concorda que o procedimento é fundamental para a democracia. Alexandre Coura e Quenya de Paula (2018, p. 96), adeptos da teoria procedimentalista, defendem:

A compreensão procedimental da democracia entende que as Constituições devem deslocar-se das definições de conteúdo, abstraindo de imiscuir-se em assuntos de natureza econômica e/ou social e em outros propósitos de governo para se deter nos instrumentos de participação democrática e na estrutura das competências do Estado, sobrando ao Judiciário a posição de garantidor do exercício democrático, pois a servidores não eleitos descabe entrar em considerados ideológicos ou lucubrações valorativas.

Na corrente procedimentalista, a legitimidade do Direito é sustentada pelo agir comunicativo, no qual as pessoas chegam em um consenso através da via argumentativa derivada da participação dos possíveis destinatários da norma, cuja validade atende ao princípio da universalização (U). Isto é, a legalidade como consequência da criação discursiva aberta à comunidade gerada pela participação dos interessados (COURA; DE PAULA, 2018, p. 96). Nesse diapasão, para os procedimentalistas o judiciário se torna guardião de promessas democráticas de igualdade, demonstrando a fragilidade das instituições políticas. Garapon (1996, p. 22-23) leciona que “o Juiz torna-se o último guardião das promessas, tanto para o indivíduo como para a comunidade política”.

Por outro lado, o segundo movimento filosófico, chamado de substancialista, defendido por Dworkin e Streck, considera que o Poder judiciário é o intérprete da vontade geral ou dos valores substanciais; acredita que o Judiciário é quem deve concretizar, mesmo contra as maiorias eventuais, o conteúdo democrático da Constituição (CAMBI, 2018, p. 380). No entendimento do substancialismo, o protagonismo judiciário se justifica ao papel de guarda da constitucionalidade, sendo a Constituição um meio e a magistratura assume o lugar de destaque da história (COURA; DE PAULA, 2018, p. 94). Alexandre e Quenya (2018, p. 94), contrários à teoria substancialista, advertem:

A transferência da promoção social à justiça se revela, na sensibilidade popular, a zona mais segura e eficiente de concreção dos direitos adiados, daí que, se não há remédio no SUS, apela-se ao juízo para colmatar a lacuna, fornecendo pontualmente, em desserviço à dignidade orçamentária e ao atendimento generalizado dos recursos escassos da saúde, remédios de toda ordem, incluindo os de custo elevadíssimo, através de uma opção de teor político, porque despreza a modelagem das escolhas financeiras dentro do planejamento transparente. Além do mais, o comprometimento do grau de universalização acontece quando o protagonismo judicial se adianta para privilegiar quem tem mais consciência jurídica em desfavor dos estratos carentes.

Nessa concepção, Dworkin (1999, p. 409) afirma que o juiz leva em consideração suas próprias convicções de justiça e, além disso, “ideias de integridade e equidade políticas e de devido processo legal, na medida em que estes se aplicam especificamente à legislação em uma democracia”. A integridade nesse cenário infere uma fundamentação conforme o sistema normativo e a equidade determina um limite à convicção pessoal e à opinião pública. Ainda, Hamel (2010, p. 153) explica que por meio da leitura de Streck o Direito possui a tarefa de transformação, uma vez que defende a teoria da Constituição Dirigente, que seria a mais adequada a países de modernidade tardia. Isso quer dizer que na visão de Streck, deve haver um “dirigismo constitucional”, isto é, um intervencionismo substancialista, especificamente onde o processo político falha ou se omite na implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, os filiados da teoria procedimentalista acreditam que o ativismo judicial é um exemplo da dimensão substancialista da Constituição, uma vez que ele traz a ideia de que o julgador escolhe um modo específico e proativo para interpretar a Constituição, sendo que “normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva” (BARROSO, 2012, p. 25). Na opinião do Ministro Barroso (2012, p. 25-26), o ativismo social é uma participação mais ampla e intensa do Judiciário para concretização dos valores e fins constitucionais, contudo, com maior interferência na área de atuação dos demais Poderes.

No mesmo sentido dispõe Coura e De Paula (2018, p. 88), que lecionam que o ativismo está relacionado à questão comportamental do judiciário, que invade as competências dos demais poderes por meio do uso de fatores morais, políticos e econômicos, o que se chocaria com o Estado de legitimidade justa, “principalmente quando se dá o rompimento do limite entre o judiciário e o não jurídico” (COUTRA; DE PAULA, 2018, p. 88).

Nessa perspectiva, pertinente diferenciar ativismo judicial e judicialização da política. Lênio (2016, p. 724) afirma que o ativismo é ruim para a democracia, visto que advém de comportamentos e visões pessoais dos juízes e tribunais, enquanto a judicialização pode ou não ser ruim, sendo que o dosador será a intensidade em que ela é verificada, já que ela sempre irá existir em algum grau em regimes democráticos que estejam acompanhados por uma Constituição normativa. Ademais, Streck (2016, p. 724) aponta um indicador se a decisão é ativista ou não: “a decisão (uma determinada decisão), nos moldes em que foi proferida, pode ser repetida em situações similares? Sendo a resposta um “não”, há fortes indícios de que estejamos a ingressar no perigoso terreno do ativismo”. Ainda, arremata:

nem toda a resposta juridicamente errada é, por ser errada, ativista; aliás, a postura pode ser ativista, e a resposta jurídica, correta. A questão é que, somente pelo fato de ser ativista, há um problema de princípio que a torna errada, na sua formulação. É uma

questão de dever judicial. [...] Ativismo ou judicialização não se captam a partir do código “constitucional-inconstitucional” e tampouco do código “ação deferida-ação indeferida”. Os conceitos de ativismo e judicialização que explícito é que dão o limite do sentido e o sentido do limite da discussão (STRECK, 2016, p. 726).

Diante do exposto, verificou-se que a principal discussão que envolve as duas formas apresentadas, o procedimentalismo e o substancialismo, remete-se à divergência teoria acerca do papel do Poder Judiciário. O entendimento de um Estado democrático de Direito não pode estar de forma desassociada à concretização de direitos fundamentais. Outrossim, como visto anteriormente, com o advento do Estado de Bem-Estar Social, surge um novo papel ao Poder Judiciário que também passa a fazer parte da arena política, que não é mais exclusividade de poderes políticos.

3. JUDICIALIZAÇÃO DA POLÍTICA: PERSPECTIVA INSTITUCIONALISTA NO PROCESSO DE TOMADA DE DECISÕES JUDICIAIS

Consoante acima descrito, a judicialização da política é um fenômeno relativamente recente, já que remonta ao Estado de Bem-estar social a partir do século XX, em que os direitos fundamentais passaram a ser mais considerados e pleiteados pela sociedade. Além disso, a redemocratização brasileira facilitou o processo de judicialização da política, tendo em vista o controle de constitucionalidade presente na Constituição. Aliado a isso, em 2004 o Poder Judiciário ampliou-se e o Supremo Tribunal Federal (STF) ganhou mais relevância na sociedade brasileira com a implementação da Emenda Constitucional (EC) nº 45/2005. Foi inserido no artigo 103-A entre as competências do STF a possibilidade de editar súmulas vinculantes, sendo que os enunciados sobre matéria constitucional vinculariam todo o Poder Judiciário e toda a Administração Pública dos três poderes (BARREIRO; CRUZ, 2021, p. 182).

Além disso, o mesmo dispositivo constitucional estabelece que competiria ao Supremo controlar, através de reclamação, eventuais descumprimentos de enunciados sumulares vinculantes, seja por instâncias inferiores do Judiciário, seja por quaisquer órgãos da Administração Pública Brasileira, o que leva a entender que o STF exerce a última palavra. (BARREIRO; CRUZ, 2021, p. 183). Nesse sentido, leciona Oscar Vilhena Vieira (2018, p. 130-131):

A conjugação da função de guarda de uma Constituição tão ambiciosa e detalhista com um extenso rol de atribuições conferiu ao Supremo uma nova posição institucional. Nesse contexto, o STF tem sido convocado a emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza política, moral, econômica e social — ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos, outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. Embora essa seja uma atribuição comum a outros tribunais constitucionais ao redor do mundo, a distinção do caso brasileiro é de escala e de natureza. De escala pela quantidade de temas que no Brasil têm status constitucional e são reconhecidos pela doutrina como passíveis de judicialização. De natureza pelo fato de não haver nenhum obstáculo para que o Supremo aprecie atos produzidos pelo sistema representativo, inclusive pelo próprio poder constituinte reformador. Assim, suas decisões não podem, em tese, ser derrubadas pelo

parlamento, como na maioria das democracias constitucionais. Assim sendo, o Supremo exerce o controle tanto sobre a política ordinária, analisando a constitucionalidade de leis e atos do Executivo, como sobre a política constitucional. Talvez as supremas cortes indiana e colombiana sejam as únicas que partilhem o status supremocrático assumido pelo STF no Brasil a partir de 1988.

Ademais, a competência para apreciar a constitucionalidade de emendas, quando ameaçarem a integridade do rol de cláusulas pétreas é atribuída ao Supremo, que emite a última palavra sobre temas constitucionais no sistema política brasileiro, diminuindo a possibilidade de que o Tribunal venha a ser envolvido pelo Congresso Nacional, caso este divirja em um dos julgamentos. Além disso, cabe ao Supremo a missão do foro especializado, passando a agir como juízo de primeira instância criminal, como foi possível verificar no mensalão e na operação lava a jato. Desde “julgamento da ação penal 470, o mensalão, o Supremo experimentou o enorme poder que essa atribuição, até então dormente, lhe conferia, assim como os pesados custos da superexposição e da tensão política decorrente do julgamento de altas autoridades”. (VIEIRA, 2018, p. 132).

Como foro especializado, incube ao STF a função de julgar originariamente atos secundários do Congresso ou do Executivo que, não raras as vezes, são relacionados à governança interna dos dois poderes. O que se constata é que o STF “é instado a resolver tais contendas em caráter emergencial, e o faz por intermédio de uma decisão monocrática. O Supremo serve, nessas circunstâncias, como um tribunal arbitral de causas políticas. Absorve, assim, os conflitos internos do parlamento” (VIEIRA, 2018, p. 132).

Para ilustrar, traz um julgado da Suprema Corte, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que discorreu o seguinte no mandado de segurança nº 26.603 sobre a interpretação constitucional da infidelidade partidária:

O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. [...] A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – a quem se atribuiu a função eminente de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) – assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso país conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental (BRASIL, 2007, p. 323-324)

Com efeito, Vieira (2008) denomina esse fenômeno de “Supremocracia” que seria a concentração de poderes nas mãos do STF como instituição (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14). “O termo supremocracia refere-se à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do judiciário.” (VIEIRA, 2008, p. 444) e a nomenclatura também “refere-se à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes” (VIEIRA, 2008, p. 445). Nesse

sentido, imperioso narrar como ocorreria essa retenção de poder capaz de influenciar o processo político decisório. Diego Werneck Arguelhes e Leandro Molhano Ribeiro lecionam que:

Na primeira parte, propomos uma visão ampliada, para além das decisões formais, dos mecanismos pelos quais tribunais atuam sobre a dinâmica política, identificando de que maneira esses poderes podem ser alocados em instituições judiciais colegiadas: tomada de decisão, sinalizações públicas e definição de agenda. No desenho institucional de um dado tribunal, cada um desses poderes pode ser exercido coletivamente (i.e., só pode ser utilizado por meio de uma decisão colegiada) e/ou individualmente (i.e., a atuação de um único ministro é condição suficiente para utilizar esse poder). Alocações individuais, por sua vez, podem ser centralizadas (vinculadas a uma posição institucional fixa, conhecida de antemão na arquitetura da instituição e válida para um grande conjunto de casos, como a de presidente do tribunal) ou descentralizadas (qualquer ministro pode em princípio exercer esse poder).

Na segunda parte, reconstruímos o stf como um caso de desenho institucional particularmente individualizado e descentralizado. Diversos exemplos recentes ilustram como a ação individual dos ministros, por meio dos poderes discutidos na primeira seção, tem sido decisiva para a política constitucional brasileira. Não se trata aqui de testar quantitativamente quaisquer hipóteses prévias sobre como são usados os poderes individuais dos ministros do stf, mas sim de utilizar casos qualitativamente importantes para a política nacional para teorizar sobre a capacidade individual dos ministros de influenciar o status quo legislativo. Apontamos em especial para a interação entre poderes de agenda e de decisão individual no funcionamento do stf: como relatores dos processos combinam o poder de decidir liminares monocráticas e o poder de liberar ou não essas liminares para apreciação das turmas e do plenário, cria-se um espaço, politicamente relevante, de decisão individual sem controle coletivo. Argumentamos que em alguns casos muito importantes essa combinação tem sido funcionalmente equivalente ao que chamamos de “judicial review individual”, com ministros realizando o controle de constitucionalidade sem qualquer controle efetivo pelo plenário. Na terceira parte, discutimos implicações desse cenário para o

processo democrático. A atuação individual descentralizada torna a política constitucional errática, ao vinculá-la às preferências de juízes que não necessariamente refletem a posição institucional do tribunal como ator coletivo. [...] No caso do Supremo, porém, essa relativa estabilidade é constantemente erodida pela ação individual, que enfraquece a correlação esperada entre vitórias eleitorais, oportunidade de indicação de ministros e formação da jurisprudência constitucional ao longo do tempo. Mais ainda, a ação individual no Supremo ilustra na prática a possibilidade de um tipo de contramajoritarismo interno dentro do próprio tribunal, aumentando o risco de captura desses agentes independentes e gerando problemas para a legitimação da atuação judicial contramajoritária na política de forma mais geral.

O que se verifica é que a direção da decisão política sujeitar-se-á aos interesses do tribunal diante do seu grau de independência dado pelo desenho institucional o que por seu turno, dependerá do arranjo institucional do processo decisório interno do tribunal vigente instituição (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018, p. 14).

Esse cenário demonstra o conforto do Supremo em interferir em outros poderes, sob o pretexto de aplicar princípios e regras, alegando excepcionalidade. Esse desenho institucional evidencia o STF no seio da arena política. Se considerar-se o protagonismo judiciário para o fortalecimento do Estado de Direito e constitucionalismo, sobretudo, para a concretização de direitos fundamentais, deve-se atentar-se sobre o fato de que o controle da política pelo Supremo Tribunal Federal tem como consequência um sistema representativo frágil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dessa forma, conclui-se que a judicialização da política não é contrária ao estado democrático de direito, ao contrário, inclusive o fortaleceu, uma vez que Poder Judiciário passou a ser o “guardião da Constituição”, já que, muitas vezes, é ele quem determina a efetivação de direitos fundamentais. A judicialização da política é um fato, tendo em vista que questões relevantes tanto do ponto de vista social, político e moral, passam a ser decididas pelo Poder Judiciário. Todavia, a mesma não pode ser confundida com o ativismo judicial. Há quem defenda que este último é um fenômeno positivo e outros que é um fenômeno negativo por prejudicar a democracia.

Consoante verificou-se no decorrer do texto, a participação do poder judiciário no seio político, decidindo questões que antes eram do poder político (poder legislativo e poder executivo) e não jurídico é defendida pela corrente substancialista. Nesse eixo, a atuação dos juízes na política é necessária para a concretização de direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal. Enquanto a teoria procedimentalista argumenta que é perigoso à esfera pública democrática a atuação de juízes em questões políticas, uma vez que assuntos de cunho político devem ser discutidos através de um processo plural e participativo, sendo o poder judiciário mero garantidor da participação dos cidadãos nas decisões políticas. Contudo, segundo depreende-se do corpo deste artigo, verifica-se que a preocupação de ambos os eixos é a concretização dos direitos fundamentais.

Em caso de omissão ou inércia do Poder de Estado, o Poder Judiciário não pode assumir uma postura passiva diante da sociedade, ainda mais quando é acionado. Outrossim, é ingênuo pensar que, a partir da pós-modernidade, diante das complexidades e demandas da sociedade, o princípio da separação de poderes nos termos concebidos por Montesquieu se encontra atual e que há harmonia entre os poderes. Fato é que um poder acaba por interferir na atuação do outro poder.

Assim, entende-se que na medida em que a dimensão material e substancial da democracia é substanciada por princípios que asseguram a efetivação dos direitos fundamentais, as normas estruturais protegem os aspectos formais dela, verifica-se a opção por uma delas (seja procedimental, seja substancial), não socorre os anseios de um Estado Democrático.

Outrossim, no que toca à “Supremocracia”, não se tem a intenção de deliberar sobre ser bom ou ruim, até mesmo porque a ascensão do poder judiciário fortaleceu o Estado de Direito. O que intenta-se é refletir sobre os seus perigos, uma vez que demonstra a fragilidade do sistema representativo brasileiro. De fato, nos últimos tempos o STF preferiu diversas decisões polêmicas, que possuem um forte conteúdo político e são inúmeras vezes acusados de ativismo judicial.

Contudo, conforme amplamente mencionado neste texto, o controle de constitucionalidade, legislado pelo próprio poder constituinte, é que condiciona a Corte Constitucional a ter a “última palavra”. O que se tem visto bastante, principalmente no atual cenário político, é um jogo de interesses em que cada poder “puxa o assado” para o seu lado³ e quem sai perdendo é a população, tendo em vista o enfraquecimento das instituições e todas suas consequências.

REFERÊNCIAS

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.

BARBOSA, Estefânia M. Q.; KOZICKI, Katya. Judicialização da política e controle judicial de políticas públicas. **Revista Direito GV**. São Paulo, p. 59-86, 2012.

BARREIRO, Guilherme S. S; CRUZ, Álvaro R. S. Última palavra e diálogos constitucionais: caminhos e descaminhos na jurisdição constitucional brasileira. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, Brasília, DF, v. 58, n. 231, p. 181-200, jul./set. 2021. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/58/231/ril_v58_n231_p181 Acesso em: 30 ago. 2022

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. **[Syn]Thesis**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 1, p. 23-32, 2012.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2022

_____. **Emenda Constitucional no 45, de 30 de dezembro de 2004**. Altera dispositivos dos arts. 5o, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível

³<https://www.cartacapital.com.br/politica/ao-defender-empresarios-alvos-da-pf-bolsonaro-desafia-moraes-me-bote-no-inquerito/>
<https://valor.globo.com/politica/noticia/2022/08/28/bolsonaro-critica-ministro-do-stf-alexandre-de-moraes-no-incio-do-debate.ghtml>

<https://valor.globo.com/politica/eleicoes-2022/noticia/2022/08/26/o-ditador-tinha-que-ser-eu-diz-bolsonaro-sobre-alexandre-de-moraes.ghtml>

<https://oantagonista.uol.com.br/brasil/moraes-interfere-na-pf-para-atingir-seus-objetivos-diz-bolsonaro/>

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm. Acesso em: 30 ago 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal (Plenário). **Mandado de Segurança 26.603/DF**. Mandado de segurança – questões preliminares rejeitadas – o mandado de segurança como processo documental e a noção de direito líquido e certo – necessidade de prova pré-constituída – a compreensão do conceito de autoridade coatora, para fins mandamentais – reserva estatutária, direito ao processo e exercício da jurisdição [...]. Impetrante: Partido da Social Democracia

Brasileira – PSDB. Impetrado: Presidente da Câmara dos Deputados. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=570121>. Acesso em: 30 ago. 2022

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

COURA, Alexandre Castro; DE PAULA, Quenya Correa. Ativismo Judicial e judicialização da política: sobre o substancialismo e procedimentalismo no Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n. 116, p. 63-112, jan./jun. 2018.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: Justiça e democracia**. Lisboa: Piaget, 1996.

HAMEL, Marcio Renan. Judicialização da política: um ensaio sobre o procedimentalismo deliberativo na jurisdição constitucional brasileira. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, 2010, p. 148-164.

HIRSCHL, Ran. The New Constitutionalism and the Judicialization of Pure Politics Worldwide. **Fordham Law Review**, v. 75, n. 2, 2006. Disponível em: <http://ssrn.com/abstract=951610>. Acesso em: 24 ago. 2022.

LEITE, Roberto Basilone. **Déficit político do poder judiciário brasileiro: a falta de efetividade no desempenho de suas funções institucionais e o ativismo judicial como interferência indevida em área de atuação própria do poder político**. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2011.

SANTOS, Boaventura. et al. Os Tribunais nas Sociedades Contemporâneas. **Centro de Estudos Sociais: Coimbra**, 1995. Disponível em:

<<https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10965/1/Os%20Tribunais%20nas%20Sociedades%20Contempor%C3%A2neas.pdf>> Acesso em: 25 ago. 2022

STRECK, Lênio. Entre o ativismo e a judicialização da política: a difícil concretização do direito fundamental a uma decisão judicial constitucionalmente adequada. **Espaço Jurídico Journal of Law**, Joaçaba, v. 17, n. 3, set-dez 2016, p. 721-732.

VERBICARO, Loiane Prado. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. **Revista Direito GV**, n. 4, 2008.

VIANNA, Luiz Werneck. **Não há limites para a patológica judicialização da política**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jan-03/luiz-werneck-vianna-nao-limites-judicializacao-politica>>. Acesso em: 24 ago. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A batalha dos poderes**: da transição democrática ao mal-estar constitucional. São Paulo: Companhia das Artes, 2018.

_____. Supremocracia. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, jul-dez de 2008, p. 441-464.

O MINIMALISMO DE CASS SUNSTEIN: ANÁLISE DA TEORIA À LUZ DA REALIDADE BRASILEIRA

CASS SUNSTEIN'S MINIMALISM: ANALYSIS OF THE THEORY IN THE LIGHT OF BRAZILIAN REALITY

Isabelle Klein¹

RESUMO

O presente estudo versa sobre a teoria minimalista na perspectiva do norte-americano Cass Sunstein, um dos maiores doutrinadores sobre o tema. A teoria se refere a juízes que optam por decidir menos e proferir decisões de modo a não bloquear o debate na esfera legislativa, em via contrária do cenário que se verifica atualmente: o do protagonismo judicial. Ademais, a pesquisa aborda o minimalismo de Sunstein e sua intrínseca ligação com a democracia deliberativa, que aqui terá como referencial teórico o entendimento de Jürgen Habermas. Ademais, realiza-se uma análise da teoria a partir da realidade brasileira, examinando a possibilidade de sua aplicabilidade, tendo o Poder Judiciário como fomentador do debate democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Protagonismo Judiciário. Teoria Minimalista. Cass Sunstein. Democracia deliberativa. Jürgen Habermas. Debate democrático.

ABSTRACT

The present study deals with the minimalist theory from the perspective of the American Cass Sunstein, one of the greatest indoctrinators on the subject. The theory refers to judges who choose to decide less and make decisions so as not to block the debate in the legislative sphere, contrary to the scenario that currently exists: that of judicial protagonism. Furthermore, the research addresses Sunstein's minimalism and its intrinsic connection with deliberative democracy, which will have as theoretical reference the understanding of Jürgen Habermas. Furthermore, an analysis of the theory is carried out from the Brazilian reality, examining the possibility of its applicability having the Judiciary as a promoter of democratic debate.

KEYWORDS: Judicial Protagonism. Minimalist Theory. Cass Sunstein. Deliberative democracy. Jürgen Habermas. Democratic debate.

¹ Advogada. Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo/RS. Endereço de e-mail: 128135@upf.br

INTRODUÇÃO

O protagonismo judiciário é um fenômeno relativamente recente, visto que passou a ocorrer em diversos países após a 2ª Guerra Mundial, tendo em vista a necessidade de efetivação dos direitos fundamentais após as atrocidades ocorridas nesse período. No Brasil, esse protagonismo culminou na redemocratização do país, notadamente com a promulgação da Constituição Federal em 1988 e com o modelo de controle de constitucionalidade aderido, acarretando uma atuação mais acentuada por parte do Poder Judiciário.

Com isso, surge o debate acerca dos limites do judiciário quanto à criatividade de sua atuação. Para tanto, pretende-se analisar a teoria minimalista da atividade judicial, proposta pelo professor da *Harvard Law School*, Cass Sunstein, um dos maiores estudiosos do tema, que consiste em um dos modelos doutrinários de interpretação da atividade jurisdicional voltada à autocontenção do Poder Judiciário nos processos decisórios.

Traçadas as considerações iniciais e conceituação do minimalismo, pretende-se realizar uma abordagem da referida teoria inserindo-a no contexto de uma democracia deliberativa, que tem como idealizador o filósofo alemão Jürgen Habermas. Assentadas tais premissas, objetiva refletir sobre a possibilidade de (in) aplicabilidade do modelo na realidade brasileira, bem como suas vantagens e desvantagens.

1. MINIMALISMO JUDICIAL

O princípio da separação dos poderes² foi elaborado durante o Estado Liberal (séculos XVIII e XIX), a fim de remover da mão de um indivíduo o exercício do pleno poder. A atividade legislativa era voltada ao estabelecimento de normas gerais e abstratas de condutas. A administrativa possuía atividade primária e espontânea, sendo o Direito aplicado por iniciativa própria, considerando os interesses da própria administração. Enquanto a atividade judiciária dizia a respeito da atuação da vontade concreta da lei. Os juízes deveriam sujeitar-se apenas à lei, não podendo criar novos Direitos (CAMBI, 2018, p. 231).

Nesse sentido, no Estado Liberal havia neutralização política da atividade judicial, uma vez que havia autodelimitação (*judicial self-restraint*) por parte do Poder Judiciário, já que o juiz ao aplicar o direito, somente deveria fazer o enquadramento do fato à norma, desprovida de referências sociais, éticas ou políticas. Isso quer dizer que os órgãos judiciais deveriam agir em um cenário jurídico-político pré-constituído, não podendo julgar *contra legem*. “Com isso,

² Ou funções. “Tecnicamente, é melhor, contudo, falar em princípio da separação das funções, uma vez que o poder estatal é um só, como bem dispõe a Constituição Federal, no parágrafo único do art. 1, ao mencionar que todo poder emana do povo” (CAMBI, 2018, p. 231).

mantinha-se o juiz neutro ao jogo de interesses concretos na formação legislativa do Direito” (CAMBI, 2018, p. 234).

Entretanto, se no Estado Liberal o Poder Judiciário era caracterizado pela neutralização política, no Estado de Bem-Estar Social (século XX) houve explosão de litigiosidade pela busca da efetivação dos direitos fundamentais sociais e também ampliou a visibilidade social e a política da magistratura. Isto é, a sociedade passou a cobrar a concretização dos direitos constitucionais e isso acarretou a juridificação da justiça distributiva (CAMBI, 2018, p. 238).

Com o avanço do Poder Judiciário como protagonista dos três poderes, passou-se a estudar “mecanismos de restrição da capacidade interpretativa do Poder Judiciário quando da aplicação do Direito”, uma vez que é notório que o julgador está sujeito à influências de fatores externos (BOCCHINI, 2020, p. 46). Nesse sentido, tem-se 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 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. 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?" Se os juízes relevantes podem decidir com segurança se uma interpretação literal de um termo legal é absurda, o argumento para rejeitar o literalismo é muito fortalecido; se os juízes relevantes são altamente falíveis, o literalismo pode ter algumas virtudes negligenciadas. Muita coisa também depende da atenção da legislatura relevante. A segunda questão envolve os efeitos dinâmicos de qualquer abordagem particular - suas consequências para atores públicos e privados de vários tipos. Se uma interpretação não literal da frase "induzir o câncer" introduzir uma grande incerteza no sistema e reduzir o incentivo do Congresso para fazer correções, pode muito bem ser sensato negar exceções em casos que envolvem riscos triviais. Ao chamar a atenção tanto para as capacidades institucionais quanto para os efeitos dinâmicos, estamos sugerindo a necessidade de uma espécie de virada institucional no pensamento sobre questões interpretativas (SUNSTEIN; VERMULE, 2002, p. 2) (tradução nossa).

Com o objetivo de frear a atuação expansiva dos Tribunais, o professor de *Harvard Law School* Cass Sunstein elaborou uma teoria chamada de teoria minimalista em que “a participação judicial deve ser exercida de forma reduzida, deixando-se de lado questões controvertidas e desnecessárias ao se analisar um caso concreto” (BOCCHINI, 2020, p. 47). O minimalismo de Sunstein recomenda uma postura em que o Judiciário deve decidir desconsiderando questões morais e filosóficas, deixando de lado questões constitucionais controvertidas para a deliberação popular (BOCCHINI, 2020, p. 49).

Outro ponto a ser assinalado sobre o minimalismo é que ele não pode ser definido como “liberal” ou “conservador”, uma vez que tenta mediar debates entre liberais e conservadores, já que “preferem deixar as questões fundamentais indecisas. Esta é a sua característica mais distintiva” (BOCCHINI, 2020, p. 65).

Nesse sentido, Cass Sunstein apresenta o minimalismo judicial como uma opção capaz de definir o Judiciário como promotor da democracia, “consciente de suas limitações e atento à necessidade de ampliar o grau de *accountability* das decisões tomadas na sociedade” (ROSA, p. 2011, 127). Um tribunal minimalista é voltado à solução do caso concreto, fugindo de argumentos abstratos e de diretrizes abrangentes (LIMA, 2014, p. 103). Além disso “busca-se atingir o consenso quanto às pequenas questões ou reduzir os custos da procura pelo acordo, abrindo espaço para deliberação dos atores no âmbito das instituições adequadas (LIMA, 2014, p. 103).

Ademais, “a faceta minimalista consiste no entendimento de que os juízes não devem se amparar- e sim evitar- argumentos políticos e morais, o que pode ser feito de diversas formas” (LIMA, 2014, p. 114). Outrossim, verifica-se que a intenção de Sunstein com a proposta minimalista é que a partir da teorização incompleta, possa atrair apoio de perspectivas, seja elas teóricas, metodológicas ou filosóficas, para o resultado de seu julgamento sem comprometer as instituições e os debates futuros (LIMA, 2014, p. 102).

Dessa forma, constata-se que a técnica minimalista se refere à elaboração de mecanismos que promovam o debate democrático, ampliando a discussão em outras instâncias e isso pode ocorrer através de processos que permitam a abertura em esferas deliberativas, tema que será tratado no item a seguir.

2. MINIMALISMO JUDICIAL NO CONTEXTO DE UMA DEMOCRACIA DELIBERATIVA: UM DIÁLOGO ENTRE HABERMAS E SUNSTEIN

A 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” (BITTAR, 2016, p. 393).

Nesse sentido, ao desenvolver o conceito de democracia deliberativa, Habermas se preocupa com a maneira em que os cidadãos embasam racionalmente as regras do 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 democráticas (BITTAR, 2016, p. 396). 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 (HABERMAS, 1997, v. II, p. 19)

A filosofia do direito de Jurgen 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 (HAMEL, 2009, p. 140).

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.

A questão principal para este modelo do filósofo Jurgen 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, nas redes informais da esfera pública” (HABERMAS, 1998, p. 248) (tradução da autora)³. Habermas leciona que o poder comunicativo modela o poder executivo (ROCHA, 2008, p. 180).

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:

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 (HABERMAS, 1998, p. 249) (tradução da autora)⁴.

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

³ “[...] 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)

⁴ “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).

vontade racionalmente formada possa desenvolver a força de integração social (ROCHA, 2008, p. 181).

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 racional (HABERMAS, 1998, p. 250). 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” (ROCHA, 2008, p. 181).

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 (ROCHA, 2008, p. 181).

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 (2008, p. 182):

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 (regulamentos, portarias, resoluções, etc.) e atos administrativos que contrariem uma lei ou uma Constituição podem ser anulados nos tribunais.

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 (2009, p. 138):

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.

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 econômico (ROCHA, 2008, p. 183).

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 (ROCHA, 2008, 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 administrativo (ROCHA, 2008, p. 185). 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 (ROCHA, 2008, p. 186).

Nesse sentido, Marcio Renan Hamel (2009, p. 150) 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” (HAMEL, 2009, p. 151).

Com efeito, verifica-se que o minimalismo e a democracia deliberativa estão intrinsicamente ligados, uma vez que a interpretação, partindo do modelo minimalista, potencializa a deliberação democrática (SUNSTEIN, 2001, p. 5). Segundo Sunstein, pois a representação política é a única forma para a deliberação em uma democracia, tendo em vista

que o processo decisório deve conter pessoas para “trocar ideias” de maneira que as decisões sejam tomadas em prol da coletividade (LIMA, 2014, p. 98).⁵

Importante ressaltar que a deliberação nesta proposta necessita a garantia de as vontades e preferências incorporadas às decisões de governo sejam produtos de informações diferentes e de diversas perspectivas e não apenas vontades individuais (“*aggregation of private preferences*”), uma vez que a integração desses diálogos melhoraria a qualidade dessas decisões. (LIMA, 2014, p. 98). Ainda, o “sistema depende de mecanismos de responsabilidade política (*political accountability*) que relacionem a tomada de decisões do governo aos governados, permitindo uma participação igualitária e o dissenso político” (LIMA, 2014, p. 98-99).

Assim, verifica-se que um Tribunal minimalista opera de maneira a promover os objetivos de uma democracia deliberativa que são o “*political accountability*” e “*reason-giving*”. Sunstein (2001, p. 4) leciona:

Existe uma relação entre o minimalismo judicial e a democracia deliberativa. Claro que as regras do minimalismo aumentam o espaço para mais reflexão e debate nos níveis local, estadual e nacional, simplesmente porque não excluem decisões subsequentes. E se o Tribunal quer promover mais democracia e mais deliberação, certas formas de minimalismo o ajudarão a fazê-lo. Se, por exemplo, o Tribunal diz que a proibição de discurso “indecente” é, portanto, inconstitucional simplesmente porque é vago, o Tribunal irá, em certo sentido, promover processos democráticos exigindo que o Congresso legisle com especificidade. Ou se os Tribunais disserem que qualquer discriminação contra homossexuais deve ser justificado de alguma forma, promoverá a deliberação política, garantindo que a lei não seja simplesmente um produto de pensamentos impensados. (tradução da autora)⁶

Nesse sentido, para o doutrinador, decisões minimalistas possuem dois pontos de vista: elas devem ser estreitas (*narrowness*) e superficiais (*shallowness*). O primeiro aspecto quer dizer que um juiz minimalista possibilita que o debate não seja encerrado em sua decisão (“*narrow rather than wide*”), mas que ele seja discutido em outras instâncias, uma vez que ele decide apenas o que é necessário para a resolução do litígio. Quanto ao segundo aspecto diz respeito a elaboração de decisões superficiais (“*shallow rather than deep*”), cujos fundamentos são incompletos, fazendo, assim, com que as partes cheguem a um acordo no caso concreto (SUNSTEIN, 2001, p. 11-12). Assim, explica-se a escolha dessas características:

⁵ Além disso, importante mencionar que Norberto Bobbio (1997, p. 37-39) leciona em sua obra “*O futuro da Democracia*,” seis “promessas não cumpridas” da democracia e, dentre elas, diz respeito à educação para a cidadania. Para Bobbio, a educação para a democracia surgiria, concomitantemente, no próprio exercício da prática democrática, uma vez que a extensão do sufrágio às classes populares repararia a tirania das majorias, já que a participação popular possui caráter educativo.

⁶ “There is a relationship between judicial minimalism and democratic deliberation. Of course minimalism rulings increase the space for further reflection and debate at the local, state, and national levels, simply because they do not foreclose subsequent decisions. And if the Court wants to promote more democracy and more deliberation, certain forms of minimalism will help it to do so. If, for example, the Court says that a ban on ‘indecent’ speech is therefore unconstitutional simply because it is vague, the Court will, in a sense promote democratic processes by requiring Congress to legislate with specificity. Or if the Courts says that any discrimination against homosexuals must be justified in some way, it will promote political deliberation by ensuring that law is not simply a product of unthinking hatred or contempt.” (SUNSTEIN, 2001, p. 4)

Uma decisão estreita é uma maneira de permitir espaço de manobra para os participantes no processo democrático. O Tribunal pode querer deixar questão indecisa não só ou não principalmente porque não pode chegar a um consenso, ou porque não dispõe de informações relevantes. Mas também porque não tem certeza sobre os compromissos morais (juridicamente relevantes), porque pensa que as pessoas podem ter o direito de decidir esta questão democraticamente, ou porque acredita que um julgamento amplo poderia enfrentar intensa oposição política de uma forma que seria contraproducente para as reivindicações morais e políticas que está em jogo. A preferência do minimalista pela superficialidade baseia-se em três considerações. Em primeiro lugar, as decisões pouco profundas, nada menos do que as estreitas, reduzem os encargos da decisão. No mínimo, pode ser extremamente difícil decidir sobre os fundamentos de toda uma área do Direito Constitucional. Decisões pouco profundas tornam essas decisões desnecessárias. Em segundo lugar, decisões pouco profundas podem evitar erros. Um julgamento judicial em favor de um ou outro relato fundamental pode muito bem produzir erros significativos. A timidez é menos propensa a erros, simplesmente por causa de seu agnosticismo sobre as questões profundas da época. Em terceiro lugar, as decisões pouco profundas tendem a promover a paz social ao mesmo tempo que mostram um elevado grau de respeito para com aqueles que discordam sobre grandes questões. Numa sociedade heterogênea, é geralmente bom assegurar aos cidadãos, na medida do possível, que os seus próprios compromissos mais profundos não sejam excluídos dos limites. Ao cumprir esta tarefa, as decisões pouco profundas reduzem a intensidade dos conflitos sociais e promovem um certo grau de paz social. Este ponto prático é complementado por um mais profundo, que é que aqueles que buscam a timidez estão demonstrando respeito por compromissos concorrentes. Aqueles que praticam o minimalismo abraçam a ideia do respeito cívico (BOCCHINI, 2020, p. 55-56).

Assim, para Cass, a observância dessas diretrizes resultaria em decisões baseadas no consenso e na prevenção de erros judiciais, diante da falibilidade do homem. Além disso, a finalidade é a manutenção da estabilidade social, já que deixaria a resolução de questões fundamentais sociais aos poderes políticos, que teriam competência para isso. Dessa forma, “as instituições democráticas teriam o poder de afastar as tradições e práticas assentadas, mas esta conduta deveria ser reservada à sociedade, ao Poder Legislativo. Pelo Poder Judiciário, esta intervenção ocorreria em último caso” (TSUCHIYA, 2019, p. 81)

Nesse sentido, Sunstein aponta cinco “virtudes” do minimalismo judicial em uma visão democrática. A primeira é que eu haveria redução dos custos da decisão em razão da ausência de completa resolução dos problemas. A segunda virtude também diz respeito à redução de custos, mas estes provenientes de julgamentos equivocados. A terceira é que abre espaço para um “pluralismo razoável” na sociedade. A quarta é que admite-se “limitações cognitivas” de juízes quanto às consequências de suas decisões, a permitir ajustes e adaptações futuras a partir de sua aceitação. A quinta e última virtude que é permite uma margem de manobra aos processos democráticos em função da própria falibilidade judicial, e sua impossibilidade de correção dos erros causados pelas próprias decisões (LIMA, 2014, p. 100).

Dessa maneira, verifica-se que o minimalismo tem como premissa que juízes exerçam sua atividade de acordo com leis criados por legisladores, sendo um de seus papéis o de mediador das regras do jogo. Dito isso, imperioso verificar a possibilidade da aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro.

3. MINIMALISMO JUDICIAL NO BRASIL: ENTRE EXPECTATIVAS E REALIDADE

Analisada a teoria minimalista de Sunstein, bem como a aplicação dela em uma democracia deliberativa na perspectiva de Habermas, imperioso se faz verificar a aplicabilidade ou inaplicabilidade na realidade brasileira. Como visto, para alcançar uma democracia deliberativa, não pode haver auto interesse por parte dos governantes, uma vez que interesses individuais devem ser submetidos a um processo de debate. Juízes minimalistas podem promover essa deliberação democrática a partir de decisões mais cautelosas: “o minimalismo é uma estratégia decisória que permite – e talvez estimule- o debate democrático, oriundo do natural desacordo típico das sociedades complexas” (LIMA, 2014, p. 109).

Imperioso mencionar que Cass Sunstein desenvolve sua teoria a partir do comportamento de juízes da Suprema Corte estadunidense, em que o modelo de jurisdição é a *common law*, que adota o sistema de precedentes. Todavia, o próprio Autor salienta em diversos momentos de sua obra⁷ que o minimalismo também é útil ao *civil law*, uma vez que “as leis o são em seu específico formato, pois representam condutas sociais positivadas em pequenos textos jurídicos, divididos em artigos, incisos, parágrafos e etc. São consensos de comportamento reiterado na sociedade em que estabelecida a referida norma” (BOCCHINI, 2020, p. 50).

Entretanto, o Autor adverte que nem sempre a teoria minimalista pode ser aplicada e nem sempre ela se mostra a melhor alternativa:

Às vezes, a superficialidade é uma má ideia; às vezes é melhor repensar questões fundamentais. Ocasionalmente, é preciso tomar uma decisão em larga escala sobre um relacionamento ou um problema de saúde. Às vezes é melhor estabelecer um curso de ação para o local de trabalho e até mesmo férias, em vez de se contentar com uma série de pequenas decisões. O minimalismo pode ser mais fácil a curto prazo, mas a longo prazo pode ser extremamente destrutivo. Pode ser destrutivo em parte porque exporta o fardo da decisão para o seu futuro, em uma maneira que poderia produzir uma grande quantidade de problemas. Por mais difícil que uma grande decisão possa ser, pode ser melhor fazê-lo, antes que mais tarde (SUNSTEIN, 2007, p. 826)⁸ (tradução da autora).

Ainda, o Autor assevera que tanto decisões estreitas quanto decisões superficiais podem ser difíceis de obter sucesso em sociedades plurais (SUNSTEIN, 2007, p. 840). Ademais, muito embora o minimalismo identifica-se de maneira a reduzir os custos de decisões judiciais, verifica-se, na realidade, apenas a transferência dos ônus para outros agentes do processo, como litigantes ou juízes de outras instâncias, o que demonstra que os custos chegam a todos, sem redução dos custos gerais (LIMA, 2014, p. 118).

⁷ *One case at the time: judicial minimalism on the Supreme Court. Massachusetts: Harvard University Press, 2001.*

⁸ Sometimes shallowness is a bad idea; sometimes it is best to rethink foundational issues. Occasionally one needs to make a large-scale decision about a relationship or a medical problem. Sometimes it is best to settle on a course of action for the workplace and even vacations, rather than to rest content with a series of small decisions. Minimalism might be easiest in the short-run, but in the long-run, it can be extremely destructive. It can be destructive in part because it exports the burdens of decision to one's future self, in a way that might produce a great deal of trouble. However difficult a large decision may be, it may be best to make it, and sooner rather than later (SUNSTEIN, 2007, p. 826).

Todavia, a adoção do minimalismo na realidade Brasileira pode encontrar alguns obstáculos, mas o que se mostra viável para a concretização desta corrente é a técnica dos diálogos institucionais. No Brasil, verifica-se que a postura predominante é de o Tribunal reservar-se para si o poder de decidir questões constitucionais, independente do assunto ter passado ou não pelo crivo do Poder Legislativo, o que, muitas vezes, caracteriza uma atuação ativista por parte do Poder Judiciário.

Para Marinoni (p. 78, 2022), deixar que o Tribunal profira decisões definitivas de cunho constitucional sem antes passar por uma discussão popular e deliberação parlamentar é infringir os valores da democracia, uma vez que apresentar à Corte uma questão constitucional que ainda carece de deliberação pode impedir o aprofundamento da discussão teórica à luz dos direitos fundamentais,

afirmando a qualidade (provisória) da sua decisão em sua parte dispositiva. Decisão dessa natureza, ao reconhecer a necessidade de deliberação fora da Corte, deixa claro à população e às demais instituições públicas que a questão constitucional deve ser mais bem discutida. Isso não significa que, nesses casos, não seja possível decidir pela inconstitucionalidade ou pela constitucionalidade, conforme as particularidades da situação concreta e das suas necessidades. A Corte pode ter boas razões para suspeitar da inconstitucionalidade ou para manter a lei em vigor, sem que isso interfira na imprescindibilidade de abertura do diálogo. Mas a corte não precisa, necessariamente, proferir uma decisão de (in) constitucionalidade provisória para deixar a questão em aberto. Ela pode decidir com base em outro fundamento, porém consciente de que está deixando de aprofundar a interpretação dos direitos fundamentais, para não criar obstáculos para a deliberação a distância dos muros do Judiciário. Registrar isso no dispositivo da decisão é importante para comunicar a população e as demais instituições a respeito da intenção judicial de dialogar (MARINONI, 2022, p. 78-79).

Nesse sentido, menciona-se a título de exemplo o informativo nº 632⁹ do STF. No julgamento de um conjunto de mandado de injunção sobre a regulamentação de aviso prévio,

⁹ “O Plenário iniciou julgamento conjunto de mandados de injunção em que se alega omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da CF, relativamente ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço (“Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;”). Na espécie, os impetrantes, trabalhadores demitidos sem justa causa após mais de uma década de serviço, receberam de seu empregador apenas um salário mínimo a título de aviso prévio. O Min. Gilmar Mendes, relator, ao reconhecer a mora legislativa, julgou procedente o pedido. Inicialmente, fez um retrospecto sobre a evolução do Supremo quanto às decisões proferidas em sede de mandado de injunção: da simples comunicação da mora à solução normativa e concretizadora. Destacou que, no tocante ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, o Min. Carlos Velloso, em voto vencido, construíra solução provisória fixando-o em “10 dias por ano de serviço ou fração superior a 6 meses, observado o mínimo de 30 dias”. Aduziu, entretanto, que essa equação também poderia ser objeto de questionamento, porquanto careceria de amparo fático ou técnico, uma vez que a Constituição conferira ao Poder Legislativo a legitimidade democrática para resolver a lacuna. O Min. Luiz Fux acrescentou que o art. 8º da CLT admitiria como método de hetero-integração o direito comparado e citou como exemplos legislações da Alemanha, Dinamarca, Itália, Suíça, Bélgica, Argentina e outras. Apontou, ainda, uma recomendação da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre a extinção da relação trabalhista. Por sua vez, o Min. Marco Aurélio enfatizou que o critério a ser adotado deveria observar a proporcionalidade exigida pelo texto constitucional e propôs que também se cogitasse de um aviso prévio de 10 dias — respeitado o piso de 30 dias — por ano de serviço transcorrido. O Min. Cezar Peluso sugeriu como regra para a situação em comento que o benefício fosse estipulado em um salário mínimo a cada 5 anos de serviço. O Min. Ricardo Lewandowski, por seu turno, mencionou alguns projetos de lei em trâmite no Congresso Nacional. Diante desse panorama, o relator acentuou a existência de consenso da Corte quanto ao provimento do writ e à necessidade de uma decisão para o caso concreto, cujos efeitos, inevitavelmente, se projetariam para além da hipótese sob apreciação. Após salientar que a mudança jurisprudencial referente ao mandado de injunção não poderia retroceder e, tendo em conta a diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados para o deslinde da controvérsia, indicou a suspensão do julgamento, o qual deverá prosseguir para a explicitação do dispositivo final”. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo632.htm>. Acesso em: 18 set. 2022

muito embora reconheça a necessidade de uma atuação positiva, agiu de maneira cautelosa, sobrestando o processo para análise mais minuciosa da questão e os ministros reconheceram que o Poder Legislativo tem maior legitimidade para solucionar a questão. “Com a suspensão do processo, o STF concedeu tempo para que o Legislativo agisse, o que resultou na edição da Lei n. 12.506 de 11/11/2011 – a qual determina sobre o aviso prévio” (ROSA, 2011, p. 143). Isso posto, verifica-se que o minimalismo dispõe acerca de medidas que o juiz pode tomar para promover uma democracia e permitir a atuação de outros agentes também ou apenas para viabilizar o debate:

Sendo assim, o STF pode adotar, em sede de controle abstrato, uma postura minimalista. Basta observar que na verificação de uma omissão inconstitucional, o Tribunal pode, diante das circunstâncias políticas e com o intuito de incrementar o debate, limitar-se a declarar a mora legislativa, ao invés de avançar e regulamentar a questão (ROSA, 2011, p. 144).

Dessa maneira, tem-se que o minimalismo serve de ferramenta justamente para fomentar o diálogo institucional e também garantir voz à população, uma vez que o dialogo institucional ocorre através de deliberação, que acaba por promover o desenvolvimento do processo democrático. Contudo, é preciso ter cuidado porque enquanto um juiz minimalista aguarda o melhor momento para decidir, pode falhar como guardião dos direitos, pois qualquer atraso pode comprometer irremediavelmente as liberdades dos cidadãos (LIMA, 2014, p. 122).

A partir do exposto, constata-se que nem sempre o minimalismo pode ser uma técnica válida, sobretudo quando há necessidade de uma atuação urgente e categórica por parte do Poder Judiciário para concretização de direitos fundamentais. Entretanto, a abordagem minimalista pode utilizada na realidade brasileira quando se trata de questões que podem envolver um diálogo institucional, uma vez que nesse cenário o Juiz pode ser um agente fomentador da deliberação democrática, de modo a enriquecer o processo democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir do exposto no presente artigo, é possível concluir que o minimalismo pode ser uma dentre muitas técnicas de decisão judicial que podem ser utilizadas pelos magistrados. Conforme visto, tendo em vista suas características de decisões estreitas e superficiais, muitas vezes o minimalismo pode não ser a melhor opção quando pretende assegurar garantias constitucionais. Nesses casos, é preciso uma ação mais enérgica por parte do Poder Judiciário, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, de modo que a técnica minimalista poderia não suprir a demanda constitucional.

Contudo, em determinados casos, quando há a necessidade de debate democrático, visto que a pauta não passou por instâncias deliberativas, verifica-se que o minimalismo de Sunstein

pode ser utilizado, já que a técnica promove um diálogo institucional. Outrossim, é de assinalar que os Tribunais são heterogêneos, visto que são integrados por pessoas diferentes, que podem sofrer influências de outros grupos e a adoção da técnica minimalista pode minimizar erros. Além disso, questões altamente controvertidas, quando utilizado o argumento minimalista, de modo a promover o diálogo institucional, podem ser amplamente debatidas obtendo-se, assim, uma melhor solução à demanda apresentada.

Dessa forma, verificou-se que atitudes minimalistas e de autocontenção podem ser utilizadas por juízes e ministros brasileiros, quando demandas que lhes forem propostas ainda não passaram por meios de deliberação, de modo que os julgadores possam fomentar o diálogo institucional, agir conforme as regras do jogo, bem como fiscalizá-las, gostando delas ou não.

REFERÊNCIAS

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.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1997.

BOCCHINI, Caio Henrique. **O minimalismo judicial e os parâmetros legais para a interpretação do direito brasileiro**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina. Programa de Pós-Graduação em Direito. Florianópolis, SC, 2020.

HABERMAS, Jürgen. **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.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Almedina, 2018.

HAMEL, Marcio Renan. **A política deliberativa em Habermas**: uma perspectiva para o desenvolvimento da democracia brasileira. Passo Fundo: Editora Méritos, 2009.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição Constitucional e Política**. Ativismo e Autocontenção no STF. Curitiba: Juruá, 2014.

MARINONI, Luiz Guilherme. Técnica decisória e diálogo institucional: decidir menos para deliberar melhor. **Revista de Estudos Constitucionais**, Brasília, DF, v. 2, n. 1, p. 49-85, jan./jun. 2022.

SUNSTEIN, Cass R. **One case at a time**: judicial minimalism on the Supreme Court.

Massachusetts: Harvard University Press, 2001.

_____. Beyond judicial minimalism. **Tulsa Law Review**. V. 43, n. 4, p. 825-842, 2007. Disponível em: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=12217&context=journal_articles Acesso em: 05 set. 2022

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. **Interpretation and Institutions**. Chicago: John M. Olin Program in Law and Economics Working Paper Nº. 156, 2002.

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.

ROSA, Lucas F. A. Minimalismo Judicial: limites e possibilidades de sua aplicabilidade ao sistema judicial brasileiro. MENDES, Gilmar Ferreira; MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt (Org.). **Jurisdição Constitucional, Direitos Fundamentais e experimentalismo institucional**. Brasília: Instituto Brasiliense de Direito Público, 2012, p. 123-147.

TSUCHIYA, Fabiana. O minimalismo de Cass Sunstein, o Mandado de Segurança 34.023 e o pacto federativo. In: PRETTO, R. S.; KIM, R. P.; TERAOKA, T. M. C. (Org.). **Federalismo e Poder Judiciário**. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2019, p. 79-97.

ARTIGOS – GT6 – DIREITO, CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO
A VIABILIDADE NA APLICAÇÃO DE TESTAMENTO PARTICULAR EM SISTEMA DE SONS E IMAGENS

Eloisa Aparecida Piran¹

Maria Eliza Zanini Martins de Marco²

RESUMO

Este artigo tem como principal objetivo analisar a possibilidade da elaboração do testamento particular através do sistema de sons e imagens, a origem, os princípios e as características que regem a disposição testamentária. Foram apresentadas as duas modalidades a especial e a ordinária e citamos brevemente sobre o surgimento do testamento digital e a utilização do Provimento nº 100, proporcionando ao testador à realização do ato por meio de plataformas digitais, trazendo uma solução às adversidades causadas pela pandemia do Covid-19. Além disso, foram apontados os benefícios que o Projeto de Lei nº 3.799/19 trará a possibilidade de dispor através do testamento em vídeo. E como último capítulo citamos como funciona e vem sendo julgado em outros países o testamento em vídeo, apresentando também um caso julgado procedente no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Particular, testador, testamento, vídeo.

INTRODUÇÃO

O ato de dispor sobre os bens através do testamento teve sua origem na Antiguidade por meio dos povos primitivos. No Brasil este ato teve procedência através das Ordenações do Reino e com a elaboração do Código Civil de 1916 e o de 2002. Além das leis previstas no Código Civil, foram criados princípios para proteger os direitos do testador, demonstrando também os requisitos e as modalidades testamentárias: a especial e a ordinária.

É importante frisar que até o ano de 2020, o testamento era pouco utilizado no Brasil. Este cenário sofreu significativas mudanças, com o surgimento da pandemia do Covid-19, momento em que muitas pessoas passaram a se preocupar com a vida de seus entes queridos após suas mortes. Sendo assim, para resolver situações que envolvam bens das plataformas tecnológicas surgiu o testamento digital e para proporcionar praticidade no ato de testar diante da pandemia foi implementado o e-notariado. Diante destes fatos, o presente trabalho buscou apresentar uma

¹Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus Sarandi/RS. E-mail: 174571@upf.br

²Acadêmica do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), Campus Sarandi/RS. E-mail: 174580@upf.br

nova forma de realizar estas disposições, através do testamento particular em vídeo. Para isso, são necessárias reformulações em algumas leis previstas no Código Civil, de acordo com as ideias propostas pelo Projeto de Lei nº 3.799/19. Buscou-se também, apresentar informações acerca do testamento em vídeo, com a finalidade de ilustrar fatos que demonstram a urgente necessidade da implementação deste ato testamentário, viabilizando a inclusão social e a segurança jurídica.

1. TESTAMENTO EM VÍDEO

O testamento em vídeo pode ser classificado como um negócio jurídico realizado através de sistema digital de sons e imagens. No presente item, abordar-se-á origem do direito testamentário em um breve período, contextualizando os fatores que promoveram o surgimento do testamento, as modalidades de disposição e os princípios.

1.1 Origens do testamento

Esta modalidade sucessória conhecida como testamento, cuja origem advém da Antiguidade, percorreu uma sequência de transições ao longo dos tempos. Neste contexto observa-se que para as primeiras civilizações, era totalmente desconhecido o ato de dispor sobre as coisas, uma vez que as pessoas viviam em grupos numerosos e tinham como principal atividade a coleta de frutos, a pesca e a caça.

Há cerca de 12 mil anos, (CISCATI, 2016) o homem passou a observar o desenvolvimento da natureza, buscando criar mecanismos capazes de produzir alimentos de forma rápida e precisa. Para Carvalho está “fase do nomadismo de caçadores foi superada com a Revolução Agrícola” (CARVALHO, 2020, p.14), com o surgimento desta pratica foram implementadas atividades para atribuir novas fontes de produtividade de alimentos, como por exemplo, o cultivo do solo, a criação de animais e trouxe a idealização das propriedades individuais, surgindo assim à preocupação a cerca da sucessão familiar.

Para Gonçalves, “o direito sucessório remonta a mais alta antiguidade, sempre ligado à ideia de continuidade da religião e da família”. (GONÇALVES, 2021, p.06). Deste modo, cabe salientar que a religião desempenhava um papel importante na sociedade, tornando-se um mecanismo responsável pela disseminação de crenças a valores. Entretanto para Carvalho “[...] a transmissão dos bens após a morte encontra-se consagrada no direito egípcio, hindu e babilônico, entre outros, dezenas de séculos antes da era cristã” (CARVALHO, 2020, p.15). Assim, consequentemente surge às sucessões, momento este em que o testador busca transmitir seus bens em vida para outra pessoa.

Também se pode compreender que “o conhecimento da evolução histórica do direito das sucessões torna-se mais nítido a partir do direito romano. A Lei das XII Tábuas concedia absoluta liberdade ao *pater familias* de dispor dos seus bens para depois da morte [...]”. (GONÇALVES, 2020, p.06) Com a elaboração da Lei das XII Tábuas, programaram-se novas normas na disposição de bens a sociedade Romana, estabelecendo que antes de sua morte o *de cujus* deveria transmitir sua propriedade, de modo que não há deixasse abandonada.

O direito de realizar testamento no Brasil “advém das Ordenações do Reino, espécie de compilação de leis de Portugal, composta pelas Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas, essa última vigorou no nosso país até a chegada do Código Civil de 1916” (CARVALHO, 2020, p.14). Entender o seu marco temporal é importante, uma vez que, o Brasil tem instituído o testamento desde o século XVI.

A consolidação das leis civis brasileiras no Código de 1916 teve como prerrogativa agregar em seu diploma leis específica ao direito da sucessão testamentária, garantindo maior segurança na disposição do patrimônio. Porém com a evolução da sociedade, surgiram lacunas na lei sendo necessário atualizá-la de acordo com as necessidades da sociedade, por isso em 2002 foi elaborado um novo Código Civil.

1.2 Princípios e características do direito testamentário

Além das normas previstas pela doutrina para a construção de um testamento, temos também três princípios que prestam auxílio em sua fundamentação, sendo: Princípio da liberdade limitada para testar, princípio da liberdade absoluta para testar e o princípio da vontade soberana do testador.

O princípio da liberdade limitada para testar está previsto no artigo 1.789 do Código Civil e tem como principal função garantir que a transmissão dos bens seja realizada corretamente, sem prejudicar nenhuma das partes interessadas. Já o princípio da liberdade absoluta previsto no artigo 1.846 do Código Civil assegura ao testador a plena disponibilidade para dispor de seus bens. Para Martins “[...], portanto, não havendo herdeiros necessários neste princípio, pode o testador dispor da totalidade de seu patrimônio (dispor de forma plena), tendo em vista que não existe sucessor a ser protegido.” (MARTINS, 2019) No artigo 1.899 do Código Civil, está previsto o princípio da vontade soberana do testador, no qual o testamento deve ser constituído com base nos desejos expressos pelo testador em vida para gerar efeitos somente após a sua morte.

O testamento para Tepedino pode ser classificado como um “negócio jurídico que regula a sucessão de uma pessoa para o momento posterior à sua morte” (TEPEDINO, 2020, p.123), ou seja, este instrumento estabelece disciplina há transmissão no todo ou em parte dos bens do

testador como ato de última vontade. Na mesma linha, porém diferenciando quanto a natureza do ato, RIZZARDO conceitua o testamento como sendo o: “ato unilateral gratuito, de natureza solene, essencialmente revogável, pelo qual alguém dispõe dos bens para depois de sua morte, ou determina a própria vontade sobre a situação dos filhos e outros atos de última vontade” (RIZZARDO, 2019, p.215), isso significa dizer que o testamento é constituído pela única e exclusiva vontade do testador, não podendo este ser coagido ou obrigado a constituí-lo, sob pena de nulidade. Assim, através deste documento será possível expor de forma sucinta informações sobre as vontades do autor do testamento.

2. DE LEGE LATA

No Direito Brasileiro, por exemplo, existem duas categorias de testamento sendo elas a especial regradada pelo artigo 1.886 do CC, que se divide em três formas de testamento: marítimo, aeronáutico e militar. E no caso da ordinária, prevista no artigo 1.862 do CC, sendo dividida também em três modelos: público, cerrado e particular.

2.1 Testamentos especiais

O testamento marítimo está previsto no artigo 1.890 do Código Civil, é aquele utilizado tanto pelos tripulantes quanto pela embarcação ou para “quem estiver em viagem, a bordo de navio nacional, de guerra ou mercante, pode testar perante o comandante, em presença de duas testemunhas, por forma que corresponda ao testamento público ou cerrado” (RIZZARDO, 2019, p.322). Cabe ressaltar que este, somente possuirá validade se o testador estiver a bordo do navio ou em porto, para que possa desembarcar para realizar o testamento de forma ordinária. Segundo o artigo 1.891 do Código Civil, caso o testador não morrer na viagem, o testamento caducará no prazo de noventa dias após o desembarque em terra.

Já o testamento aeronáutico de acordo com Euclides, o “artigo 1.889 do Código Civil menciona a possibilidade do testamento aeronáutico para quem estiver em viagem a bordo de aeronave militar ou comercial. A disposição de vontade é feita perante pessoa designada pelo comandante, observados os mesmos procedimentos do testamento marítimo.” (OLIVEIRA, AMORIM, 2018, p. 242) Para esta forma de testamento, também se deve seguir a mesma ordem prevista no artigo 1.891 do Código Civil utilizado pelo testamento marítimo.

A terceira forma de testamento especial é “o testamento dos militares e demais pessoas ao serviço das Forças Armadas em campanha, dentro do País ou fora dele, assim como em praça sitiada, ou que estejam de comunicações interrompidas, poderá fazer-se, não havendo tabelião ou seu substituto legal, ante duas, ou três testemunhas, se o testador não puder, ou não souber assinar, caso em que assinará por ele uma delas.” (RIZZARDO, 2019, p.329). Esta forma

de testamento também caducará após o testador estar em local onde possa testar em noventa dias, segundo o artigo 1.895 do Código Civil. Neste viés é imprescindível afirmar que estas formas testamentárias são relevantes a constituição do testamento, pois expressam o interesse do testador.

2.2 Testamentos ordinários

Os testamentos ordinários por sua vez, estão previstos no artigo 1.862 do CC, possui três formas, ou seja, o público, cerrado e particular. Compreende-se que o testamento público é aquele que “é lavrado pelo tabelião, contendo as últimas vontades do testador na presença desse tabelião e de duas testemunhas desimpedidas. No artigo 1.864 do Código Civil estão os requisitos essenciais do testamento público.” (AZEVEDO, 2019, p.60) Deste modo, o tabelião deverá registrar em um livro de notas específico no cartório os desejos manifestados pelo testador. Já o testamento cerrado é aquele disposto no artigo 1.868 do Código Civil, “apresenta-se, em resumo, como um negócio jurídico unilateral de última vontade que, de início, deve ser escrito pelo próprio testador, ou, então, por outra pessoa a seu rogo, para, posteriormente, ser levado ao tabelião para ser aprovado” (CARVALHO, p. 682). Esta forma de testamento é também conhecido como secreto ou místico, em virtude de que apenas o testador conhece as informações nele contidas, ou seja, ele não permanece em posse do cartório, mas sim do testador até que se configure o fato.

E por fim, temos o testamento particular no qual abordaremos em nosso trabalho, trazendo a possibilidade da realização através de sons e imagens. Segundo Tepedino:

O testamento particular é escrito pelo próprio testador, de próprio punho ou mediante processo mecânico. No primeiro caso, para sua validade, o testamento deverá ser lido e assinado pelo testador, na presença de pelo menos três testemunhas, que o devem subscrever. Já na segunda hipótese, além dos mesmos requisitos acima, não poderá haver rasuras ou espaços em branco na cédula testamentária. Denomina-se, ainda, privado, ológrafo ou hológrafo (CC, art. 1.876). (TEPEDINO, p.146)

Esta forma de testamento não exige que o testador reconheça autenticidade, para comprovar a veracidade da escrita, também não possui qualquer custo em sua confecção. O testamento particular é prático, econômico e menos burocrático, pois não necessita da presença de agentes públicos para sua configuração. Além disso, é um ato que de fato representa integralmente a vontade do testador, uma vez que é elaborado por ele mesmo, sem qualquer tipo de interferência.

Porém, diante do cenário pandêmico, da necessidade do distanciamento social, esta modalidade de testamento se mostrou uma solução eficaz para atingir os objetivos do testador na disposição dos bens, sendo assim, o artigo 1.879 do Código Civil prevê que em circunstâncias

excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderão ser confirmados, a critério do juiz. Neste caso, a lei permite que em casos específicos como o do Covid-19, o testador elabore seu testamento de próprio punho, sem seguir as formalidades. É importante frisar, que o testamento emergencial se tornou um mecanismo de fundamental importância diante da pandemia do Covid-19, porém ele não seria um viés seguro, para a aplicação da disposição da herança. Isto se dá pelo fato de que ele é constituído pelo próprio testador, sem a presença de testemunhas, sendo impossível assegurar que as informações expressas no testamento foram idealizadas pelo *de cujus*, sendo evidente nestes casos, a segurança jurídica que o testamento em vídeo ofereceria.

3. DE LEGE FERENDA

Entretanto no Brasil, o ato de testar não era um hábito de freqüente utilização, “isso em razão de que, para parte da população brasileira, falar sobre a morte traz angústia, ansiedade e medo do futuro,” (PORATH, p.17, 2021) por isso, grande parte das pessoas não realiza a disposição testamentária. Além disso, por muito tempo se perpetuou a ideia de que o ato de testar somente poderia ser praticado por pessoas de classe social mais elevada, por isso muitos indivíduos se abstinham em fazê-lo.

3.1 Testamentos Digitais

Com a evolução tecnológica, surgiu a necessidade do Direito Sucessório se adaptar a estas ferramentas. Neste viés, o testamento digital trouxe novas perspectivas ao ato de dispor, proporcionando proteção aos conteúdos e informações armazenadas nas redes sociais. Cabe ressaltar que ao mencionar sobre a transmissão de conteúdos não estamos referindo apenas aqueles que possuem caráter econômico, mas também aos de aspecto sentimental, pois através deste meio virtual os herdeiros poderão ter acesso às fotos, conversas, memórias afetivas, trazendo a possibilidade de transformar a página da internet em um mural com homenagens e lembranças do ente querido.

Para a realização desta forma de testamento deverão ser preenchidos também alguns requisitos para possuir validade, assim “o testamento digital terá que ser assinado digitalmente pelo testador, com reconhecimento facial e criptografia. Para a herança digital — que abrange vídeos, fotos, senhas de redes sociais e e-mails —, o testamento em vídeo não dispensa a presença das testemunhas para sua validação.” (MALUF, 2021) Esta modalidade testamentária busca conciliar a realização do testamento, com as novas tecnologias. Isso ocorre

principalmente, porque a expansão destes meios vem impactando diretamente a sociedade, trazendo mudanças culturais e profissionais.

3.2 Provimentos nº 100

Desta forma se torna evidente a necessidade de que a legislação inclua também a possibilidade de efetuar o testamento por meio de plataformas digitais. Diante desta circunstancia e também das situações especiais causadas pela pandemia do Covid-19, assinala TEPEDINO que:

O Conselho Nacional de Justiça dispôs sobre a prática de atos notariais eletrônicos, utilizando o sistema do e-Notariado, através do Provimento nº 100, de 26 de maio de 2020, que estabelece normas gerais sobre a prática de atos notariais eletrônicos em todos os tabelionatos de notas do País. Em suas considerações, dito provimento estabelece que os atos notariais previstos no Código Civil e na Lei 8.935/94, art. 41, poderão ser prestados por meio eletrônico. Entende-se, assim, que, uma vez tendo o testador e as testemunhas certificado digital, poderá o Tabelionato lavrar testamento público na forma eletrônica, valendo-se do sistema e-Notariado. Neste caso, haverá a captura em vídeo do ato de testar e a coleta das assinaturas do Testador, das testemunhas e do Tabelião por meio do certificado digital [...] (TEPEDINO, p.155)

O e-Notariado pode ser compreendido como uma plataforma da qual é utilizada pelos cartórios de todo o país, trazendo mais facilidade ao acesso na realização não apenas do testamento, mas também em outros serviços que incorporam os cartórios, como podemos citar o divórcio, escrituras públicas e outros. Segundo Alves, os cidadãos que desejarem solicitar o certificado e-notariado deverão:

[...] se dirigir ao cartório de notas credenciado como autoridade certificadora pelo Colégio Notarial munido de identidade e comprovante de residência. É possível também comprovar identidade por meio de videoconferência na própria plataforma. (ALVEZ, 2021)

Além do certificado, também será necessário que o testador observe alguns requisitos para a elaboração do testamento previstos no artigo 3.º do Provimento nº 100. Cabe ressaltar que caso sejam desrespeitadas estas exigências para tornar o ato válido, tais fatos ocasionarão a nulidade absoluta do negócio jurídico. O testamento constituído através do sistema de atos notariais eletrônicos é uma prática inovadora que permite a facilidade na realização do testamento, sendo enviado um link ao testador que irá dispor por meio de um vídeo-chamada. Entretanto, “[...] o certificado digital ainda não é uma realidade para a maioria da população brasileira,” (TEPEDINO, p.155) em razão dos fatores de desigualdade sociais e econômicos. Também nem todos os Tabelionatos aceitam esta forma de disposição testamentária, em razão de não estar atendendo os requisitos previstos no artigo 1.876. Neste caso, se aprovado, o testamento por vídeo será uma forma segura de realizar este ato, apresentando todos os requisitos previstos em nossa legislação.

3.3 Possibilidades de testamento particular em vídeo

Em nosso presente trabalho abordaremos sobre a possibilidade da realização de testamento em vídeo, entretanto é importante frisar que não devemos confundir o testamento por vídeo com o testamento em vídeo, pois se entende “o testamento feito por vídeo é realizado por alguém que obtém assinatura eletrônica no portal do e-notariado, que permite praticar atos notariais eletrônicos” (IBDFAM, 2020), que seria aquele disposto pelo Provimento nº 100. Já o testamento em vídeo é aquele que pode ser realizado através do celular, câmera ou outro dispositivo capaz de gravar um vídeo com sons e imagens, devendo armazená-lo podendo depois o testador utilizá-lo como meio para dispor seus bens.

Este projeto de lei que prevê a possibilidade de manifestação de ultima vontade através do testamento em vídeo surgiu após:

Uma série de encontros, a partir de 2016, entre membros da diretoria do Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM deu origem a um anteprojeto de reforma do Direito das Sucessões, que está presente no Código Civil, em vigor desde 2003. A iniciativa resultou no Projeto de Lei nº 3799/2019, de autoria da senadora Soraya Thronicke (PSL/MS), formulado em parceria com o IBDFAM. (IBDFAM, 2019)

Este projeto de lei além de trazer esta possibilidade de dispor mecanicamente, por meio de vídeos, busca também alterar a sucessão em geral³, a sucessão legítima, a sucessão testamentária, o inventário e a partilha. Deste modo, se averigua a possibilidade de programar uma lei ao direito sucessório que utilize os dispositivos tecnológicos a favor da realidade da sociedade.

Além destes benefícios a senadora Soraya Thronicke destaca que “[...] a acessibilidade também é preocupação dos autores do projeto, que propõem a consideração de testamento gravado em LIBRAS.” (IBDFAM, 2019) Através desta modernização se examina a probabilidade de criar instrumentos de inclusão a todas as classes sociais, trazendo igualdade nos atos testamentários. Também segundo a Senadora Soraya “desde 2015, o Brasil aprovou a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência, de modo a garantir maior acessibilidade às pessoas, e até hoje a pessoa com deficiência visual não dispõe da possibilidade de usar os recursos da tecnologia para dispor de seu patrimônio através de testamento”. (IBDFAM, 2019). Desta forma observa-se que sempre houve uma preocupação acerca da inclusão social das pessoas especiais, buscando modalidades que pudessem promover a igualdade de condições com os demais cidadãos.

O projeto de lei referente ao testamento em vídeo prevê a inclusão não só as pessoas especiais, mas a todas que se beneficiarem com o testamento. Este sistema oferecerá maior

³Livro V da Parte Especial da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e o Título III do Livro I da Parte Especial da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

segurança jurídica perante as informações dispostas no testamento, pois será possível escutar a voz e ver a imagem do testador, já que o testador poderá expressar suas vontades de forma minuciosa através do vídeo.

3.4 Requisitos e modificações na legislação do direito sucessório

Para que o testador seja autorizado a celebrar o testamento particular em vídeo deverá seguir algumas formalidades previstas na legislação, para comprovar sua legalidade, sendo assim:

O procedimento para elaborar o testamento nesse contexto, então, passa a ser o seguinte: (a) o testador se conecta com as testemunhas em sistema de videoconferência, todos os participantes transmitindo os respectivos áudios e vídeos; (b) o testador e as testemunhas declaram em voz alta as respectivas qualificações, o dia, a hora e as circunstâncias do testamento; (c) o testador faz a leitura do testamento em voz alta; (d) o testador assina o testamento; (e) e, por fim, as testemunhas declaram que estão presentes e cientes do conteúdo do testamento que lhes foi lido no determinado dia e hora. (TOLEDO, 2020)

Portanto, este projeto em relação ao testamento particular em vídeo oferecerá ao testador que se encontrar isolado em sua residência ou estiver internado em um hospital em decorrência do Covid-19, a possibilidade de realizar a disposição de seu testamento mediante vídeo, podendo até mesmo servir como testemunha o médico, os enfermeiros que trabalham no local ou as testemunhas escolhidas pelo testador. Desta forma poderia ser validado o testamento, por serem cumpridos todos os requisitos previstos em lei para sua realização e também traria uma solução para os casos dos pacientes que possuem outras doenças, das quais necessitam permanecer nos hospitais.

O testamento particular em vídeo oferecerá mais segurança jurídica no ato de dispor reduzindo custos como foi mencionado acima, tornando mais prático e compreensível, sem necessitar de interpretes. Porém cabe destacar que este Projeto de Lei que prevê a possibilidade de realizar o testamento em vídeo além de trazer benefícios às pessoas que o realizam, também poderão ter consequências negativas, pois “exige que se tomem todas as cautelas possíveis para se evitar eventuais fraudes que possam ser perpetradas, especialmente com o uso da tecnologia *deepfake*.” (DELGADO, 2020) Neste viés, é importante lembrar-se de que estamos operando o ato testamentário através de plataformas informatizadas, ficando sujeitos a golpes. Sendo assim é necessário que o testador fique atento a possíveis falsificações por meio da alteração tanto das imagens, quanto de sua voz por meio da inteligência artificial. Para isso Porath “sugere a criação de uma plataforma para uso do cartório de registro civil e do sistema judiciário para armazenar tais testamentos, com o fim de facilitar a confirmação do testamento e assegurar sua segurança”. (PORATH, 2021) Portanto, poderia ser aprimorada a ideia da

implementação deste programa, auxiliando o tabelião na verificação da veracidade do ato e também a identificar possíveis fraudes no testamento em vídeo.

4. DIREITO COMPARADO

O testamento particular em vídeo é uma pratica pouco utilizada no Brasil, porém já é possível verificar algumas decisões no nosso ordenamento jurídico. No entanto em outros países, esta modalidade testamentária já está prevista nas legislações, abaixo citaremos alguns destes casos.

4.1 A legalidade do testamento particular em vídeo em outros países

Esta modalidade testamentária teve surgimento nos Estados Unidos, trazendo grandes debates a cerca deste tema. Segundo informações obtidas pelo IBDFAM, tais atos:

[...] são lavrados em uma situação na qual a pessoa está no seu leito de morte, com um celular, por vezes em um hospital, e, nesses últimos momentos de vida, grava um vídeo no seu celular dizendo quais seriam suas posições de última vontade. (IBDFAM, 2020)

O testamento particular em vídeo passou a ser utilizado em outros países para sanar as necessidades dos cidadãos não apenas aqueles relacionados aos casos especiais, surgidos durante a pandemia, mas também nos momentos em que a pessoa está em leito de morte, ainda se encontrando consciente e deseja realizar o testamento de forma pratica e rápida.

Conceitua Toledo, que o ato somente terá validade no Canadá caso tenha os seguintes requisitos:

“o testador e duas testemunhas [...] se conectam por vídeo. As duas testemunhas assistem o testador assinar o documento. O documento é enviado pelo correio, não e-mail – assinaturas digitais não são permitidas – para a primeira testemunha [...] que deve assiná-lo, de novo em vídeo, antes de enviá-lo – de novo por correio – para a outra testemunha. Ele ou ela assina o documento, assistido pelas outras testemunhas, talvez em uma chamada no [aplicativo] Zoom” (TOLEDO, 2020)

No Canadá o testamento particular em vídeo já é uma realidade presente nos atos testamentários. Além disso, as formalidades necessárias para configurar um ato válido são semelhantes às propostas definidas pelo Projeto de Lei nº 3.799/19, a diferença que perpetua nesta legislação é a questão de que no Brasil não precisará enviar o documento pelo correio.

É possível verificar, que em alguns estados americanos tais atos possuem validade pelo fato de que lá existem os chamados poderes de dispensa. Deste modo, é permitido aos tribunais julgarem procedentes testamentos que são constituídos por meio de documentos informais, desde que expressem a vontade do testador.

No Brasil, já é possível verificar decisões que reconhecem o testamento realizado em vídeo, como é o caso citado a seguir no estado de Santa Catarina. No próximo item apresentaremos o caso julgado procedente no ordenamento jurídico brasileiro, do qual foi utilizado mecanismos em vídeo para a realização do testamento.

4.2 Casos julgados procedentes

O testamento particular em vídeo ainda não é uma realidade em nosso ordenamento jurídico, isso porque o mesmo ainda é um projeto que necessita de aprovação. Entretanto há vários artigos, publicações e notícias a cerca deste assunto, tratando sobre os benefícios que esta modalidade de disposição testamentária causaria ao direito.

Desta forma, citaremos uma decisão proferida pela 6ª Câmara de Direito Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), do Desembargador Relator Luiz Felipe Schuch, em 22 de novembro de 2019. O relator compreendeu que os vícios formais presentes no testamento não seriam motivo para invalidação do testamento, além disso, cita a utilização de vídeo para comprovar o ato:

Apelação cível. Sucessão. Procedimento de jurisdição voluntária de confirmação de testamento particular instaurado pela companheira/viúva/beneficiária exclusiva. Pleito inicial que desde logo contempla redução de disposição testamentária a fim de reservar a legítima dos herdeiros necessários. Regularidade do documento impugnada pelos descendentes do de cujus. Sentença de procedência. Insurgência dos filhos do de cujus. Alegação de existência de vícios formais e materiais na cédula. Rigor dos requisitos de validade de testamento particular, previstos no art. 1.876 do código civil, flexibilizado pela própria lei nos arts. 1.878 e 1.879. Documento não redigido pelo testador. Ausência de leitura de seu conteúdo perante três testemunhas. Vícios pouco graves e de aspecto externo. Substância do ato de disposição não atingida. Cédula elaborada a pedido do testador e na sua presença. Gravação áudio-visual juntada ao feito que confirme a sua lucidez ao ler/revisar em voz alta seu teor. inexistência de vício formal apto a invalidar o testamento. Dúvidas levantadas pelos insurgentes acerca da capacidade civil do testador. Não acolhimento. Vontade de dispor devidamente evidenciada nos autos. Prova testemunhal que de forma unânime assevera a lucidez do testador no período de internação hospitalar. Gravação áudio-visual que confirma a sua intenção de transferir seus bens à consorte. Ausência de vício apto a contaminar a substância do ato de disposição. Reconhecimento da validade do testamento particular mantida. Razões recursais afastadas. Recurso conhecido e desprovido. (TJSC – AC 0301788-24.2014.8.24.0007, 22-11-2019, Rel. Des. Luiz Felipe Schuch).

O caso ocorreu da seguinte forma: a companheira do *de cujus* ingressou com pedido de confirmação do testamento particular realizado pelo mesmo ainda em vida. No documento datado em 25 de outubro de 2013, o testador solicitou que sua atual companheira fosse beneficiada com 50% de seus bens particulares. O testamento particular foi efetuado sob a presença de três testemunhas, sendo redigido por um terceiro em decorrência de sua debilitação, inclusive sendo gravado e armazenado em um DVD. O Magistrado de primeiro grau julgou procedente o pedido. Entretanto, a ex cónyuge do falecido e seus três filhos interpuseram apelação, por não concordarem com a decisão, argumentando que não foram observadas as

formalidades legais, para a confecção do testamento particular, além disso, o mesmo não foi escrito pelo próprio testador, mas por um terceiro, sem a presença de testemunhas e que o testador tinha problemas de saúde, não possuindo pleno discernimento em suas ações.

Em relação a caso, o desembargador entendeu que apesar de não ter sido escrito pelo testador, mas sim por uma terceira pessoa é possível verificar sua veracidade diante dos fatos e de que as testemunhas tinham conhecimento das vontades do de cujus. Desta forma, foi possível compreender a partir do caso julgado, que o Relator negou provimento acerca do recurso de apelação, confirmando a sentença então proferida pelo juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Biguaçu, do Poder Judiciário de Santa Catarina.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo desta pesquisa científica, buscou-se analisar a possibilidade de elaborar o testamento através do sistema de sons e imagens, a partir da reformulação das leis do direito sucessório previstas no Código Civil de 2002, com base no Projeto de Lei 3.799/19, autoria da senadora Soraya Thronicke, formulado em parceria com o IBDFAM. Num primeiro momento, abordou-se acerca do contexto histórico do direito testamentário, buscando demonstrar sua importância ao direito sucessório, da mesma forma apresentaram-se os princípios que um papel fundamental em garantir a proteção e segurança jurídica ao testador na realização da disposição testamentária, além dos requisitos necessários para a disposição dos bens. Analisamos também as modalidades testamentárias (especial e ordinária), dando ênfase em especial ao testamento particular que é o tema desta pesquisa, demonstrando as razões pelas quais o testamento tornou-se um ato distante da realidade dos cidadãos. Neste mesmo viés apresentamos as novas modalidades testamentárias e citamos as mudanças causadas pela pandemia, do qual resultou em um aumento no número de testamentos nos últimos anos.

Assim, buscamos apresentar o Projeto de Lei 3.799/19, que trás a possibilidade da realização do testamento em sons e imagens, demonstrando sua importância diante de nosso ordenamento jurídico e demonstraram-se informações acerca da aplicabilidade do testamento em vídeo em outros países e no Brasil. Nesse sentido, conclui-se que a aplicabilidade do testamento em vídeo assegura a segurança jurídica no ato da disposição testamentária, uma vez que através do vídeo é possível verificar a imagem, o som da voz do testador, sendo possível observar se apresenta discernimento e capacidade para realizar o ato. Desta forma, o testamento por meio de sistema audiovisual trará grandes benefícios a todos que dele usufruir.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões**. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TEPEDINO, Ana Luiza Maia. **Direito das sucessões**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito das sucessões**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

IBDFAM. **Anteprojeto de Lei para Reforma do Direito das Sucessões**. 2019. Disponível em: [http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%C3%95ES%20\(v_final%202019\).pdf](http://ibdfam.org.br/assets/img/upload/files/ANTEPROJETO%20SUCESS%C3%95ES%20(v_final%202019).pdf). Acesso em: 07 abr. 2021.

PORATH, Maria Luisa Machado. **O Projeto de Lei nº 3799/2019 e a influência da era tecnológica para testamento particular gravado em sistema audiovisual**. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/223777/TCC%20%20Maria%20Luisa%20Porath.%20Testamento%20particular%20em%20v%C3%ADdeo.pdf?sequence=2&isAllowed=y>. Acesso em: 10 set. 2021.

CARVALHO, Dimas Messias de. **Direito das sucessões: inventário e partilha**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

OLIVEIRA, AMORIM, Euclides de, Sebastião. **Inventário e partilha: teoria e prática**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: direito das sucessões**. São Paulo: Saraiva, 2019.

IBDFAM. **Herança digital é tema de projeto de lei que trata do destino de perfis em redes sociais após a morte**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/8765/Heran%C3%A7a+digital+%C3%A9+tema+de+projeto+de+lei+que+trata+do+destino+de+perfis+em+redes+sociais+ap%C3%B3s+a+morte>. Acesso em: 02 mai. 2022

MALUF, Carlos Alberto D.; MALUF, Adriana Caldas do Rego Freitas D. **Curso de Direito das Sucessões**. 3. ed. São Paulo : Saraiva Educação, 2021.

TEPEDINO, Gustavo. **Fundamentos do direito civil: direito das sucessões**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

CARVALHO, Luiz Paulo Vieira D. **Direito das Sucessões**. Disponível em: Minha Biblioteca, (4ª edição). Grupo GEN, 2019.

CATARINA, Tribunal de Justiça de Santa. **Apelação Cível**. <https://www.tjsc.jus.br/> Disponível em: 03 jun. 2022.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. vol. 7. 14. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

IBDFAM. **Testamentos em vídeo devem crescer no Brasil, aponta autor de artigo científico sobre o tema**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7443/Testamentos+em+v%C3%ADdeo+devem+crescer+no+Brasil,+aponta+autor+de+artigo+cient%C3%ADfico+sobre+o+tema#:~:text=Testamento%20por%20v%C3%ADdeo,os%20testamentos%20%E2%80%9Cem%20v%C3%ADdeo%E2%80%9D>. Acesso em: 04 mai. 2022

IBDFAM. **Idealizado pelo IBDFAM, projeto de lei de reforma do Direito das Sucessões é apresentado no Senado**. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/6992/Idealizado+pelo+IBDFAM,+projeto+de+lei+de+reforma+do+Direito+das+Sucess%C3%B5es+%C3%A9+apresentado+no+Senado?fbclid=IwAR0Sa1qn2rx8c4yYcVnoVB7fSDwMeUgbAtGT6uO7A-Cn3IFHWjMwaRyt5WU>. Acesso em: 10 mai. 2022

INGRID, Luisa. **Testamento por SMS é válido mesmo?** Disponível em: <https://super.abril.com.br/sociedade/testamento-por-sms-e-valido/> Acesso em: 12 mai. 2022

TOLEDO, Maria Beatriz. **Tecnologia e Direito das Sucessões em tempos de Covid-19**. Disponível em: <https://www.justificando.com/2020/04/20/tecnologia-e-direito-das-sucessoes-em-tempos-de-covid-19/> Acesso em: 14 mai. 2022

CISCATI, Rafael. **Quem inventou a agricultura?** Disponível em: <https://epoca.oglobo.globo.com/vida/noticia/2016/07/quem-inventou-agricultura.html> Acesso em: 24 mai. 2022

MARTINS, Thiago Souza. **Conceito e princípios do direito sucessório**. Disponível em: <https://tico080970.jusbrasil.com.br/artigos/679329877/conceitos-e-principios-do-direito-sucessorio#:~:text=Princ%C3%ADpio%20da%20liberdade%20limitada%20para%20testar&text=Temos%20uma%20liberdade%20para%20criar,fica%20para%20esses%20herdeiros%20necess%C3%A1rios>. Acesso em: 07 nov. 2021.

ALVES, Paulo. **e-Notariado: o que é e como funciona plataforma de tabelionato de notas**. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/listas/2021/04/e-notariado-o-que-e-e-como-funciona-plataforma-de-tabelionato-de-notas.ghtml> Acesso em: 23 nov. 2021

CHIABRANDO, Camila. **Testamento digital e o provimento n 100-2020 do CNJ- validade e abertura.** Disponível em: <https://ibdfam.org.br/artigos/1468/Testamento+digital+e+o+provimento+n%C2%BA+100-2020+do+CNJ+-+validade+e+abertura>. Acesso em: 17 jan. 2022.

DELGADO, Mário Luiz. **O testamento em vídeo como uma opção de *lege lata*.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-28/processo-familiar-testamento-video-opcao-lege-lata>. Acesso em: 02 mai. 2022.

DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL: UMA ANÁLISE FRENTE AOS NECESSÁRIOS AVANÇOS TECNOLÓGICOS NA PRODUÇÃO AGROPECUÁRIA

THE QUALITY OF SPECIAL INSURED: AN ANALYSIS OF THE NECESSARY TECHNOLOGICAL ADVANCES IN AGRICULTURAL PRODUCTION

Kelly Elisabete Speth¹

Juliana Marques da Silveira²

Faena Gall Gófas Meneghetti³

RESUMO

A Previdência Social tem como segurado especial o produtor rural, com tratamento diferenciado. Com relação à caracterização de segurado especial vêm sendo utilizados elementos que não figuram em leis, o que fere o princípio da isonomia. Dentre estes elementos, estão as tecnologias, que são conjuntos de ferramentas que se fazem importantes em todas as áreas, não diferindo no meio rural, sendo necessária uma análise mais profunda sobre as decisões que estão sendo tomadas e o que as embasa. A partir do momento em que são utilizadas lacunas da lei para criar razões, poderá ocorrer a descaracterização do segurado especial.

PALAVRAS-CHAVE: Caracterização. Segurado especial. Tecnologia.

ABSTRACT

Social Security has the rural producer as a special security, with differentiated treatment. Regarding the characterization of special security, elements that do not appear in laws have been used, which violates the principle of isonomy. Among the elements, these technologies, which are sets of tools that are important in all areas, not differing in rural areas, requiring a deeper analysis of the decisions that are being taken and chosen as a basis. From the moment that gaps in the law are used to create possibilities, a mischaracterization of the special insurance may occur.

KEYWORDS: Description. Special insured. Technology.

¹ Especialista em Direito do Trabalho pela Faculdade Dom Alberto. Bacharela em Direito pela ULBRA campus Cachoeira do Sul. Advogada na área previdenciária. E-mail: kellyspeth31@gmail.com.

² Bacharela em Direito pela ULBRA campus Cachoeira do Sul. E-mail: julianaempresa16@gmail.com.

³ Mestra em Direito pelo PPGD da UFSM. Especialista em Direito Público pela UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Direito da ULBRA. Advogada nas áreas previdenciária e cível. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br.

INTRODUÇÃO

Os avanços tecnológicos vêm sendo cada vez mais estudados e aprimorados nos mais diversos segmentos, não diferindo na área agrícola e pecuária, onde novas ferramentas são criadas e melhoradas de modo a facilitar o processo produtivo. Assim, aumentando a produção e dando maior rentabilidade ao produtor rural, que passa a ter menor dispêndio de recursos, produzindo mais com menos e tendo uma melhor qualidade de vida, por não depender apenas de trabalho braçal. Desde os primórdios da agricultura, os produtores rurais organizam seus conhecimentos na criação de tecnologias para seu próprio uso.

O Brasil vem se destacando cada vez mais no mercado a nível mundial, e em grande parte, esta expansão ocorre devido à agricultura familiar. Pois, a maior parte da produção que abastece o mercado interno, vem das pequenas propriedades rurais que têm como base a agricultura familiar.

Neste contexto, as problemáticas que motivam a pesquisa encontram seu cerne nas seguintes questões: Quais as condições jurídicas e previdenciárias de possibilidade para a manutenção da qualidade de segurado especial, frente à necessária utilização de tecnologias para a produção agrícola e/ou agropecuária? E ainda, existe a possibilidade de o segurado especial se manter dentro deste conceito perante o âmbito jurídico e previdenciário quando se utiliza de equipamentos agrícolas que auxiliam na produção agrícola e/ou agropecuária?

Visando encontrar respostas aos problemas apresentados realizou-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo. Dessa forma, o trabalho estruturou-se em três tópicos.

Primeiro, buscou-se descrever como é caracterizado o segurado especial e como se dá a aposentadoria para a categoria. Neste sentido, apresentando primeiramente uma conceituação geral sobre a seguridade social e a aposentadoria, para então ser possível delinear a condição de segurado especial conforme proposto.

Em segundo momento, foi analisado o processo de modernização do campo, correspondendo à implantação de novas tecnologias e maquinário no processo de produção no meio rural. Para em seguida ser possível avaliar como se dá a linha tênue entre a utilização de maquinário agrícola e tecnologias no meio rural e a possível descaracterização do segurado especial, a fim de demonstrar que muitas das decisões não são pautadas na lei.

Assim, apresentadas as considerações introdutórias da pesquisa, passa-se à exposição do tema, considerando a importância da possibilidade de descaracterização da qualidade de segurado especial frente aos necessários avanços tecnológicos da produção agropecuária.

1. DA SEGURIDADE SOCIAL: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A CARACTERIZAÇÃO DA QUALIDADE DE SEGURADO ESPECIAL RURAL E OS REGRAMENTOS PARA SUA APOSENTADORIA

Para caracterizar a condição de segurado especial, se faz necessário abordar sobre a seguridade social. No Brasil, a Previdência Social é um sistema instituído pela Constituição Federal de 1988 (CF/88) para proteger o povo brasileiro de riscos sociais que podem levar à miséria e agitação social, e é um campo de atuação para o Estado Social de Direitos, que deve intervir para efetivar os direitos fundamentais.⁴

A Seguridade Social, faz parte dos direitos fundamentais, assim, segundo a CF/88, em seu art. 194, compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

No que tange à Previdência Social, observa-se que esta é formada por um regime geral, de natureza contributiva e de filiação obrigatória em determinados casos conforme o art. 201 da CF/88, e à assistência social, esta deve ser prestada a quem precisar e, de acordo com o art. 203 da CF/88, sendo o objetivo principal a proteção a quem necessite de apoio socioeconômico.

Ademais, sobre o segurado especial, salienta-se que o momento histórico onde a agricultura familiar passou a ter um novo olhar perante a lei, foi com o Prorural, ligado ao Funrural, que em 1971, o trabalhador rural passou a ter um tratamento mais protetivo. Neste período, foi instituído pela Lei Complementar nº 11 a concessão de aposentadorias por idade e invalidez para trabalhadores rurais com mais de 70 anos de idade, no valor de meio salário-mínimo. Na época, era difícil as mulheres serem assalariadas rurais ou chefes de família, caso fossem, passariam a ser beneficiadas.⁵

Mesmo que tenha sido um grande avanço, tendo em vista que antes deste passo, implementado pelo Prorural, o trabalhador rural não tinha garantias nem amparo social, foi apenas com CF/88 que a proteção social no Brasil tomou uma forma mais bem estruturada, por meio da Seguridade Social: Saúde, Assistência e Previdência Social.⁶

Assim, com a promulgação da Lei nº 8.213/91, em seu art. 11, inciso VII, que apresenta o segurado especial obrigatório da Previdência Social como sendo a pessoa física que trabalha em regime de agricultura familiar ou de forma individual, que reside no local onde exerce a

⁴ AMADO, Frederico. ***Direito Previdenciário*** - Coleção Sinopses para Concursos. Vol. 27. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 19.

⁵ SILVA, Daniela Montezuma da; LOPES FILHO, Juraci Mourão. A ponderação previdenciária e as características específicas do segurado especial nordestino. ***Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais***, Maranhão, v. 3, n. 2, 2017, pp. 88-107.

⁶ SILVA; LOPES FILHO, 2017, pp. 88-107.

atividade laboral ou nas proximidades. Destacando que é possível essa pessoa contar com o auxílio eventual de terceiros para o trabalho. Pode possuir até quatro módulos fiscais. Também se incluem no segmento, seringueiros, pescadores artesanais, cônjuge ou companheiro, assim como filho maior de 16 (dezesseis) anos da pessoa que é segurada especial.

É caracterizado o regime de produção familiar quando a produção é destinada ao consumo do núcleo familiar e por este é produzida, de forma a garantir o próprio sustento. Sendo possível que a família se utilize de mão-de-obra de terceiros em períodos eventuais.⁷ Com isso, pode-se dizer de forma ampla que o segurado especial se traduz, resumidamente, no pequeno produtor rural, no pescador artesanal, no índio que exerce atividade rural e seus familiares.⁸

O nome “segurado especial” se dá pelo fato de esta categoria receber um tratamento diferenciado em relação aos outros segurados por força art. 25 da Lei nº 8.212/91, que garante que o segurado especial deve contribuir com a Seguridade Social da seguinte maneira: “I – 1,2% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção; II - 0,1% da receita bruta proveniente da comercialização da sua produção para financiamento das prestações por acidente do trabalho”.

O segurado especial para comprovar sua qualidade de segurado especial não precisa apresentar contribuições, mas deve ter idade mínima de 55 anos para mulher e 60 anos para homens, além de apresentar documentos que comprovem o tempo de atividade rural. No site do INSS, é possível conferir alguns exemplos de documentos aptos a comprovar a atividade rural do trabalhador para a concessão da aposentadoria rural, como contrato de arrendamento, notas fiscais e título de eleitor. Na falta de algum documento comprobatório, é possível que seja apresentada uma Justificação Administrativa.⁹

A categoria também tem direito a aposentadoria por invalidez, além da já mencionada, aposentadoria por idade. Este benefício é concedido quando, na requisição do auxílio-doença, for constatado através da perícia médica que a pessoa está incapacitada de exercer suas atividades e comprove o mínimo de 12 meses de atividade rural exercida.¹⁰ De acordo com a Lei

⁷ PUPO, Paulo Rui Kumagai de Aguiar. Breves considerações sobre o conceito legal de segurado especial. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 51, jun. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Paulo_Pupo.html. Acesso em: 13 out. 2022, p. 1.

⁸ IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16 ed. Ver. amp. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 193.

⁹ BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Aposentadoria do trabalhador rural: requisitos, possibilidades e impedimentos. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-03-11_06-52_Aposentadoria-do-trabalhador-rural-requisitos-possibilidades-e-impedimentos.aspx. Acesso em: 14 out. 2022.

¹⁰ AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário** - Coleção Sinopses para Concursos. Vol. 27. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 404.

nº 8.212/91, equivale a um salário-mínimo o valor do benefício pago ao segurado especial como salário-benefício.

A lei prevê que é possível o segurado especial exercer tanto atividade rural como atividade de pescador, individualmente. A lei não traz a exigência de que todos os membros da família estejam participando da mesma atividade no núcleo familiar para que a família apresente a condição de segurada especial. Porém, algumas vezes a jurisprudência entende de outra forma, como será visto mais à frente.¹¹

O segurado especial pode, também, ter participação em sociedade empresária, sociedade simples, como empresário individual, também como empresa individual de responsabilidade limitada nos segmentos agroindustrial, agroturístico ou agrícola.¹² Neste sentido, pode o segurado auferir faturamento de até R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por ano.¹³

Quando se trata dos benefícios devidos ao segurado especial, a Lei nº 8.213/91 o fez em seu art. 18, compreendendo o direito como segurado as aposentadorias por idade, incapacidade permanente, tempo de contribuição e aposentadoria especial, além dos benefícios de auxílio por incapacidade temporária e auxílio maternidade.

Dessa forma, apresentou-se uma conceituação geral sobre a seguridade social e a aposentadoria, em seguida, adentrando nos aspectos de caracterização do segurado especial e como se dá a aposentadoria para a categoria. Em seguida, será apresentada a necessária modernização no campo e implementação de tecnologias para o processo produtivo.

2. DAS NECESSÁRIAS NOVAS TECNOLOGIAS NO PROCESSO PRODUTIVO DO MEIO RURAL

Ao longo da história, a agricultura foi organizada em torno de distintos contextos físicos, sociais, culturais, econômicos e políticos, sintonizando os sistemas agrícolas com áreas específicas. As formas observáveis de agricultura variam conforme a localização, de uma região do mundo para outra, podemos classificá-las em várias categorias diferentes. Assim sendo, a

¹¹ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020, pp. 70-71.

¹² BERWANGER, 2020, p. 75.

¹³ BRASIL. GOV.BR. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**. CMN aprova elevação dos limites da receita anual para efeito da classificação do produtor rural. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/cmn-aprova-elevacao-dos-limites-da-receita-anual-para-efeito-da-classificacao-do-produtor-rural#:~:text=Conselho%20Monet%C3%A1rio%20Nacional-,CMN%20aprova%20eleva%C3%A7%C3%A3o%20dos%20limites%20da%20receita%20anual%20para%20efeito,demanda%20apresentada%20pelos%20agricultores%20familiares>. Acesso em: 09 set. 2022.

diversidade espacial e de técnicas utilizadas na agricultura, fizeram com que fosse possível observarmos as diferentes formas de trabalho agrícola e agricultores existentes.¹⁴

Nesse sentido, podem também ser citados os fenômenos sociais, onde existe o pequeno produtor rural, que trabalha em regime de agricultura familiar, o médio agricultor e o grande. A caracterização destes três produtores rurais vem da quantidade de terras que possuem para uso na agricultura, sendo essa a primeira classificação, antes de serem verificadas condições de trabalho, sociais e mesmo, maquinário utilizado para o cultivo.¹⁵

A produção agrícola vem passando por grandes transformações que a tornam muito mais eficiente. O uso de tecnologias no meio rural passou a ser uma necessidade. A forma camponesa do trabalhador com suas técnicas antigas, passadas de geração em geração, já não são mais suficientes. O produtor rural necessita cada vez mais de conhecimento técnico e uso de tecnologias para a produção e para o gerenciamento desta.¹⁶

A tecnologia no meio rural para a agricultura familiar faz com que seja possível, não apenas produzir mais com melhor aproveitamento de recursos, mas produzir com maior qualidade, pois ela é um conjunto de conhecimentos que é utilizado para realizar determinada atividade, o que se utiliza no trabalho, são as ferramentas para o alcance dos objetivos.¹⁷

A utilização de maquinário agrícola se faz importante no meio rural para que os agricultores possam produzir mais e melhor. A saúde também é um ponto em questão que o maquinário agrícola auxilia a preservar, visto que reduz o estresse físico e o tempo de exposição ao sol, reduzindo a predisposição ao câncer de pele, por exemplo.¹⁸

Entre os trabalhadores agrícolas do Brasil, existe um maior índice de morbidade devido às atividades exercidas. As doenças que têm maior incidência, de acordo com dados apresentados pela pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios no ano de 2015, foram: problemas de coluna (cerca de 21,1%), hipertensão arterial (17,3%) e artrite ou reumatismo (7,7%). Além dessas, também é comum no meio rural trabalhadores que apresentam doenças cardíacas, câncer, diabetes e depressão.¹⁹

¹⁴ MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Brasília: NEAD/ MDA, São Paulo: Editora UNESP, 2010, pp. 43-46.

¹⁵ MAZOYER, ROUDART, 2010, pp. 93-96.

¹⁶ MELLO, Marno. Estado, políticas públicas e modernização agrícola: **Semina - Revista dos Pós-Graduandos em História da UPF**. v. 20, n. 1, 2021. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/ph/article/view/12595>. Acesso em: 27 out. 2022, p. 90.

¹⁷ SILVA, José Graziano da. **Tecnologia e agricultura familiar**. 2ª edição. Porto Alegre: UFRGS, 2003, pp. 17-18.

¹⁸ BARTH, Michele; RENNER, Jacinta Sidegum; MARTINS, Rosemari Lorenz; SILVA, Denise Regina Quaresma da. Agricultura Familiar: características ergonômicas das atividades e impactos na saúde dos trabalhadores. **Sistema de Información Científica Redalyc**. v. 24, n. 2. 2016, pp. 471-496.

¹⁹ MOREIRA, Jessica Pronestino de Lima; *et al.* **A saúde dos trabalhadores da atividade rural no Brasil**. *Cad. Saúde Pública*. 2015, vol.31, n.8, pp.1698-1708.

Mesmo com todos os cuidados, a exposição por tempo prolongado tem efeito cumulativo prejudicial, favorecendo o surgimento do câncer de pele. Produtores rurais que têm propriedades menores, geralmente realizam suas atividades manualmente, o que faz com que permaneçam durante mais tempo expostos à radiação solar. Além do sol, a exposição aos agentes químicos necessários para a produção também são um agravante para problemas de saúde desses trabalhadores.²⁰

No ano de 2008, o Governo Federal criou o programa Mais Alimentos como incentivo à agricultura familiar. Através do programa, segundo o Ministério do Desenvolvimento Agrário, foram financiados 11 (onze) mil tratores para a agricultura familiar. Sendo assim, é possível verificar o incentivo que a agricultura familiar recebe do Governo Federal.²¹

A seguir será abordada a descaracterização do segurado especial, onde já será possível observar ser sem nexos a jurisprudência e a seguridade social não se utilizarem da lei e da decisão de incentivo ao novo momento em que a agricultura familiar está inserida, considerando ainda a quantidade de maquinários para verificar o enquadramento do produtor como segurado especial ou não.

3. DA (DES)CARACTERIZAÇÃO DA CONDIÇÃO DE SEGURADO ESPECIAL EM DECORRÊNCIA DO USO DE TECNOLOGIAS NA PRODUÇÃO RURAL

Esta seção aborda como é a interpretação acerca da descaracterização do segurado especial perante o uso de tecnologias e outras formas previstas, e até mesmo não previstas, que podem inviabilizar a caracterização desta categoria, visando verificar se o emprego de tecnologias na produção deve ou não descaracterizar a condição de segurado especial, em consonância com os requisitos legais já abordados em tópico anterior.

Cabe de início ressaltar que estes elementos estranhos, como o uso de tecnologias, características físicas e demais elementos, por vezes utilizados pelo julgador no caso concreto para descaracterizar a condição de segurado especial produtor rural, não devem ser usados por falta de amparo legal e por afrontarem a CF/88, por conferir tratamento distinto a casos semelhantes.²²

²⁰ DALCIN, Mainara Meller; *et al.* Skin cancer in rural workers: photoexposure and guidance on risk factors. Research, **Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/11594>. Acesso em: 14 out. 2022, pp. 1-8.

²¹ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020, pp. 74-75.

²² BERWANGER, 2020, pp. 74-82.

Os avanços tecnológicos vêm sendo cada vez mais estudados e aprimorados nos mais diversos segmentos, não diferindo na área agrícola e pecuária, onde novas ferramentas são criadas e melhoradas a fim de facilitar o processo produtivo. Assim, aumentando a produção e dando maior rentabilidade ao produtor rural, que passa a ter menor dispêndio de recursos, produzindo mais com menos e tendo uma melhor qualidade de vida, por não depender apenas de trabalho braçal. Desde os primórdios da agricultura, os produtores rurais organizam seus conhecimentos na criação de tecnologias para seu próprio uso.²³

Conforme a Lei nº 8.213/91, não se considera como segurado especial o membro da família que exerce atividade que lhe confira outro tipo de rendimento, que não a atividade rural. Porém, existem permissões a esta regra, onde podem ser citados os rendimentos provindos de benefícios como: auxílio-acidente, pensão por morte e auxílio-reclusão. Desde que, o valor em questão não seja superior ao menor benefício de prestação continuada da Previdência Social.

Ainda, de acordo com a Lei nº 8.213/91, também será retirado da categoria de segurado especial o trabalhador que possa ser enquadrado, ou que se torne segurado obrigatório, em outra categoria de segurado do Regime Geral de Previdência Social. Atividades que configurem exploração turística, incluindo a hospedagem, por período superior a 120 dias do ano, também excluem o trabalhador da categoria de segurado especial.

O Brasil é o quinto mais extenso contingente territorial e com condições climatológicas favoráveis à agricultura e à pecuária em grande parte de sua extensão. O país vem se destacando cada vez mais no mercado a nível mundial, e em grande parte, esta expansão ocorre devido à agricultura familiar. Pois, a maior parte da produção que abastece o mercado interno, vem das pequenas propriedades rurais que têm como base a agricultura familiar.²⁴

A atividade de pequenas propriedades rurais se faz de grande valia não apenas para elas próprias e seu sustento, mas também para o agronegócio brasileiro.²⁵ A importância da utilização da tecnologia no meio rural está em permitir que o agricultor possa produzir mais e tenha uma melhor qualidade de vida. As propriedades familiares, passando a produzir mais do que apenas

²³ ALVES, Eliseu. Nosso problema de difusão de tecnologia. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. Brasília. Nº 1. **Revista de Política Agrícola**, 2012. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/67>. Acesso em: 12 out. 2022, pp. 3-4.

²⁴ MARTES, Douglas; LASKE, Gilberto. Tecnologia na agricultura: contribuição para o crescimento de pequenos produtores vinculados a cooperativas agrícolas na microrregião do município de Capanema (PR). In: **Congresso Internacional de administração. As novas fronteiras da administração**. IFPR: Ponta Grossa-PR, 2020, p. 2.

²⁵ CELLA, Daltro; PERES, Fernando Curi. **Caracterização dos fatores relacionados ao sucesso de um empreendedor rural**. Piracicaba: Esalq-Dissertação (Mestrado Escola Superior de Agricultura "Luiz de Queiroz" – Área de Concentração: Economia Aplicada). USP-Universidade de São Paulo, 2002, p. 26.

para a sua subsistência, favorecem a agricultura e distribuição de alimentos, auxiliando a movimentar a economia de todo o país.²⁶

A modernização no meio rural é uma necessidade e vem sendo percebida até mesmo por incentivos do governo federal para que as pessoas integrantes da agricultura familiar tenham mais condições de produzir, tanto para a sua subsistência como para obterem certo desenvolvimento no meio rural.²⁷ Neste ponto, tendo-se em vista que, quanto maior a produção, maior também a contribuição arrecadatória. Porém, a Previdência Social acabou por não evoluir em seu argumento, mesmo que os tempos estejam mudando e cada vez mais a tecnologia seja uma realidade,²⁸ e uma necessidade, inclusive para o pequeno produtor rural em regime de economia familiar.

A Lei nº 8.213/91, em seu art. 11, inciso VII, traz que a agricultura familiar é caracterizada pela produção que sirva à subsistência familiar e seu desenvolvimento socioeconômico. Analisando um caso de jurisprudência, a agricultora afirmou, e testemunhas confirmaram, ela possuir trator e plantadeira para uso em sua plantação de feijão, milho e 30 mil pés de café. Ela também possuía 30 cabeças de gado leiteiro, fazendo a venda do leite à uma cooperativa. A decisão sobre o caso foi pautada na seguinte colocação: “o que configura produção muito além do necessário à própria subsistência”.²⁹

Outrossim, a Lei nº 8.213/91 não veda a possibilidade de ter maquinário e nem de usar tecnologias no processo produtivo, mas sim, se refere ao limite de área a ser cultivada e a forma como deve ser a produção, em regime de economia familiar. Observando-se também que a própria lei cita, além da subsistência, o desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar.

Existem problemas no que concerne quanto ao tamanho da propriedade rural. Sendo assim, o produtor rural pode ter quatro vezes o tamanho deste módulo, mas a jurisprudência e seguridade entendem que ele pode produzir apenas para consumo próprio e de sua família, além de não entender a necessidade de maquinário agrícola para poder trabalhar esta extensão de terras. Quando é exercida a atividade de seringueiro ou extrativista vegetal, não existe um limite máximo de área a ser explorada para que o trabalhador se enquadre como segurado especial.³⁰

²⁶ MATTEI, Lauro. O Papel e a Importância da Agricultura Familiar no Desenvolvimento Rural Brasileiro Contemporâneo. **Revista Econômica do Nordeste-REN**, Fortaleza, BNB, V. 45, n. 2, 2014, pp. 83-90.

²⁷ MELLO, Marno. Estado, políticas públicas e modernização agrícola: **Semina - Revista dos Pós-Graduandos em História da UPF**. v. 20, n. 1, 2021. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/ph/article/view/12595>. Acesso em: 27 out. 2022, pp. 93-96.

²⁸ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020, pp. 74-75.

²⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Apelação Cível (AC): AC 00041809320104019199. 2011. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, julgado em 30/05/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/908066127>. Acesso em: 21 out. 2022.

³⁰ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020, pp. 76-77.

Fato é que, atualmente, não se sobrevive e não se garante a própria subsistência e de seus familiares, com o plantio de uma lavoura de soja de forma manual, por exemplo, haja vista o preço dos insumos necessários ao plantio que acarretam a necessidade de uma maior produção para se obter lucro. E a utilização de maquinários, tratores, tecnologias, apresentam-se como consequência da forma mercadológica de produção e como condição de possibilidade para a manutenção desta.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) fez um pronunciamento sobre descaracterizar ou não a agricultura familiar de acordo com o tamanho do imóvel rural. No julgamento do REsp 1.532.010, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) considerou como não devidamente comprovada a atividade rural, em regime de economia familiar, por motivo de o tamanho do imóvel rural exceder o exposto na lei.

Todavia, após análise, a decisão foi reformada no STJ. O relator, ministro Sérgio Kukina, afirmou que o entendimento do TRF3 contrariou a jurisprudência do tribunal, apontando que o tamanho da propriedade, por si só, não descaracteriza o regime de economia familiar. É possível que o imóvel rural exceda a extensão de 4 módulos desde que os demais requisitos sejam preenchidos. Sendo estes, a ausência de empregados permanentes e a mútua dependência e colaboração do núcleo familiar nas atividades.³¹ Tendo por base este entendimento do STJ, é possível inferir que a utilização de maquinário agrícola por si só também não descaracterizaria o segurado especial se os demais requisitos fossem cumpridos. Voltando a salientar que a lei não proíbe o uso de maquinário.

Não só o uso de tecnologias ou tamanho do imóvel descaracteriza o segurado especial. Outro ponto que é motivo de controvérsias é que, mesmo que a lei permita que um dos membros da família possa realizar atividade diferente dos demais, sendo atividade rural ou de pescador, individualmente, é possível observar em alguns momentos, tanto na via administrativa quanto na judicial, isso pode acabar por descaracterizar o segurado especial que exerce a atividade rural.³²

Também é descaracterizada a condição de segurado especial quando o trabalhador tem outra fonte de renda por um prazo superior a 120 dias no ano. Neste sentido, tramita na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5074/20, que visa corrigir esta situação de injustiça contra o segurado especial, permitindo que ele tenha uma atividade secundária, que não caracterize a renda principal. O fato de ter outro meio de obtenção de renda não exclui a existência de um

³¹ BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Apelação Cível (AC): AC 00041809320104019199. 2011. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti, julgado em 30/05/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/908066127>. Acesso em: 21 out. 2022.

³² BERWANGER, 2020, pp. 70-71.

regime de economia familiar. Não há restrições na CF/88 sobre o reconhecimento da qualidade da segurança em relação às atividades concorrentes.³³

Outras constatações sobre a descaracterização do segurado especial provêm de uma observação feita ao olhar para a pessoa, quando julgam que não havendo traços rurícolas, como mãos calejadas e pele característica de quem tem exposição duradoura ao sol, não é possível garantir o benefício da aposentadoria a esta pessoa. Porém, nada existe na lei para que se possa utilizar tais argumentações. Já foi utilizado como argumento também, a possibilidade financeira de o segurado possuir um automóvel, outro ponto que não é cabível.³⁴

Quanto mais é estudado o segurado especial, mais é possível encontrar traços de criatividade do INSS e da jurisprudência para garantir que este não consiga ter o amparo de que necessita e tem direito.³⁵ Pois, o segurado especial pode ter participação em empresa onde fature até R\$ 500.000,00 anualmente.³⁶ Pode ter até 4 módulos fiscais, mas por vezes a Previdência Social e a jurisprudência consideram que não pode ter um rendimento acima do necessário para a subsistência familiar.³⁷

Quando o julgador avalia o caso concreto, é de suma importância buscar nas Leis nº 8.213/91 e nº 8.212/91 e nas Instruções Normativas (INs) expedidas pelo INSS, a base para sua decisão, também sabendo observar e interpretar cada caso de maneira isolada, mas sem descuidar do princípio da isonomia. Somente quando o julgador conseguir ter uma visão holística acerca das normas, leis e do caso concreto em si, é que será tomada a decisão correta e precedida de forma constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Previdência Social possui categorias de segurados especiais, todas tendo o direito de receber algum tipo de benefício. Dentre elas, encontra-se o segurado especial, que é o produtor rural, quando segue a uma série de regras, tendo um tratamento diferenciado na Previdência Social.

³³ BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5074 de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264913>. Acesso em: 14 out. 2022.

³⁴ BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020, pp. 75-78.

³⁵, BERWANGER. 2020 pp. 75-82

³⁶ BRASIL. GOV.BR. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**. CMN aprova elevação dos limites da receita anual para efeito da classificação do produtor rural. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/cmn-aprova-elevacao-dos-limites-da-receita-anual-para-efeito-da-classificacao-do-produtor-rural#:~:text=Conselho%20Monet%C3%A1rio%20Nacional-,CMN%20aprova%20eleva%C3%A7%C3%A3o%20dos%20limites%20da%20receita%20anual%20para%20efeito,demanda%20apresentada%20pelos%20agricultores%20familiares>. Acesso em: 09 set. 2022.

³⁷ BERWANGER, 2020, pp. 75-82.

Algumas das regras impostas para a caracterização do segurado especial são o tamanho da propriedade rural menor que 4 módulos, ter auxílio de mão-de-obra apenas temporária, não em caráter permanente e estar envolvido nas atividades rurais individualmente ou juntamente com a família. Porém, uma das características que já não é mais cabível de ser exigida do segurado especial, é que este não disponha de maquinário agrícola para a sua atividade. Pois, muitas vezes, os Tribunais praticam um verdadeiro conservadorismo judicial, buscando neutralizar avanços democráticos e cívicos por meio de decisões judiciais.

A Lei nº 8.213/91 não veda a possibilidade de ter maquinário e nem de usar tecnologias no processo produtivo, mas sim, se refere ao limite de área a ser cultivada e a forma como deve ser a produção, em regime de economia familiar. Observando-se também que a própria lei cita, além da subsistência, o desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar.

Um exemplo de conservadorismo judicial é a criação, pela jurisprudência, de requisitos sem amparo constitucional ou legal para o recebimento de benefícios especiais para trabalhadores rurais, pois muitos magistrados passaram a exigir um verdadeiro nível de miserabilidade, o que não corresponde ao estipulado nas normas constitucionais.

Diante disso, é possível concluir que quando realizada a análise do caso concreto, é de suma importância que o julgador verifique os conceitos trazidos nas Leis nº 8.213/91 e nº 8.212/91, mas não apenas isso, busque pelas INs expedidas pelo INSS, onde encontram-se conceitos aprofundados para os termos utilizados nas referidas leis, também as permissões e exceções existentes para o enquadramento de segurado especial, também é necessário, que os julgadores não limitem suas decisões ao texto da lei, avaliando o caso de maneira individual, evitando que o segurado especial seja descaracterizado de forma descuidada, eliminando a tentativa de proteção constitucional.

REFERÊNCIAS

ALVES, Eliseu. Nosso problema de difusão de tecnologia. Ministério da Agricultura Pecuária e Abastecimento. Brasília. Nº 1. **Revista de Política Agrícola**, 2012. Disponível em: <https://seer.sede.embrapa.br/index.php/RPA/article/view/67>. Acesso em: 12 out. 2022.

AMADO, Frederico. **Direito Previdenciário** - Coleção Sinopses para Concursos. Vol. 27. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARTH, Michele; RENNER, Jacinta Sidegum; MARTINS, Rosemari Lorenz; SILVA, Denise Regina Quaresma da. Agricultura Familiar: características ergonômicas das atividades e impactos na saúde dos trabalhadores. **Sistema de Información Científica Redalyc**. v. 24, n. 2. 2016.

BERWANGER, Jane Lucia Wilhelm. **Segurado especial: novas teses e discussões**. 3ª ed. 2ª imp. 316p. Curitiba: Juruá, 2020

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. **Câmara dos Deputados**. Projeto de Lei nº 5074 de 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2264913>. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. GOV.BR. **Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento**. CMN aprova elevação dos limites da receita anual para efeito da classificação do produtor rural. Disponível em: <https://www.gov.br/agricultura/pt-br/assuntos/noticias/cmn-aprova-elevacao-dos-limites-da-receita-anual-para-efeito-da-classificacao-do-produtor-rural#:~:text=Conselho%20Monet%C3%A1rio%20Nacional-CMN%20aprova%20eleva%C3%A7%C3%A3o%20dos%20limites%20da%20receita%20anual%20para%20efeito,demanda%20apresentada%20pelos%20agricultores%20familiares>. Acesso em: 09 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 13 out, 2021.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 12 out, 2021.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Aposentadoria do trabalhador rural: requisitos, possibilidades e impedimentos. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-03-11_06-52_Aposentadoria-do-trabalhador-rural-requisitos-possibilidades-e-impedimentos.aspx. Acesso em: 14 out, 2022.

BRASIL. **Superior Tribunal de Justiça**. Aposentadoria do trabalhador rural: requisitos, possibilidades e impedimentos. 2018. Disponível em: https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias-antigas/2018/2018-03-11_06-52_Aposentadoria-do-trabalhador-rural-requisitos-possibilidades-e-impedimentos.aspx. Acesso em: 14 out. 2022.

BRASIL. **Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. Apelação Cível (AC): AC 00041809320104019199. 2011. Relator: Desembargador Federal Francisco de Assis Betti,

julgado em 30/05/2011. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trf-1/908066127>. Acesso em: 21 out. 2022.

CELLA, Daltro; PERES, Fernando Curi. **Caracterização dos fatores relacionados ao sucesso de um empreendedor rural**. Piracicaba: Esalq-Dissertação (Mestrado Escola Superior de Agricultura “Luiz de Queiroz” – Área de Concentração: Economia Aplicada). USP-Universidade de São Paulo, 2002.

DALCIN, Mainara Meller; *et al.* Skin cancer in rural workers: photoexposure and guidance on risk factors. Research, **Society and Development**, [S. l.], v. 10, n. 1, 2021. Disponível em: <https://rsdjournal.org/index.php/rsd/article/view/11594>. Acesso em: 14 out. 2022.

IBRAHIM, Fabio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 16ª ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

MARTES, Douglas; LASKE, Gilberto. Tecnologia na agricultura: contribuição para o crescimento de pequenos produtores vinculados a cooperativas agrícolas na microrregião do município de Capanema-PR. In: **Congresso Internacional de administração**. As novas fronteiras da administração. IFPR: Ponta Grossa (PR), 2020.

MATTEI, Lauro. O Papel e a Importância da Agricultura Familiar no Desenvolvimento Rural Brasileiro Contemporâneo. **Revista Econômica do Nordeste-REN**, Fortaleza, BNB, V. 45, n. 2, 2014.

MAZOYER, Marcel; ROUDART, Laurence. **História das Agriculturas no Mundo: do neolítico à crise contemporânea**. Brasília: NEAD/ MDA, São Paulo: Editora UNESP, 2010.

MELLO, Marno. Estado, políticas públicas e modernização agrícola: **Semina - Revista dos Pós-Graduandos em História da UPF**. v. 20, n. 1, 2021. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/ph/article/view/12595>. Acesso em: 27 out. 2022.

MOREIRA, Jessica Pronestino de Lima; *et al.* **A saúde dos trabalhadores da atividade rural no Brasil**. Cad. Saúde Pública. 2015.

PUPPO, Paulo Rui Kumagai de Aguiar. Breves considerações sobre o conceito legal de segurado especial. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 51, jun. 2012. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao051/Paulo_Puppo.html. Acesso em: 13 out. 2022.

SILVA, Daniela Montezuma da; LOPES FILHO, Juraci Mourão. A ponderação previdenciária e as características específicas do segurado especial nordestino. Revista de

Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, Sociais e Empresariais, Maranhão, v. 3, n. 2, 2017.

SILVA, José Graziano da. **Tecnologia e agricultura familiar**. 2ª edição. Porto Alegre: UFRGS, 2003.

DESENVOLVIMENTO TECNOLÓGICO E SUSTENTABILIDADE: O SURGIMENTO DAS PATENTES VERDES

Alessandra Vanessa Teixeira¹

Nara Suzana Stainr²

Francine Cansi³

INTRODUÇÃO

As tecnologias verdes são o desenvolvimento de inovações no processo produtivo, cujo objetivo é diminuir ou eliminar o impacto ambiental, a partir da prática dos preceitos de sustentabilidade, o qual irá abranger as suas três dimensões: ambiental, social e econômica.

A proteção à propriedade intelectual e ao meio ambiente podem não parecer assuntos interrelacionados em uma primeira abordagem. Contudo, a necessidade de medidas eficazes (e globais) para tecnologias sustentáveis não é nova, assim como tampouco é nova a necessidade de tecnologias verdes, levando o assunto do meio ambiente e mudança climática à propriedade intelectual.

A Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI), tendo em vista a promoção da inovação e criatividade, busca desenvolver instrumentos práticos de propriedade intelectual (PI) que façam avançar soluções para os desafios ambientais. Nesse sentido, uma das iniciativas da OMPI foi a criação da plataforma WIPO GREEN – o Mercado de Tecnologia Sustentável⁴ – cuja missão é contribuir para a rápida adaptação, adoção e implantação de soluções tecnológicas verdes, tanto nos países em desenvolvimento como em países desenvolvidos. WIPO GREEN põe em contato os fornecedores de tecnologias com as pessoas que buscam tecnologias e oferece uma série de serviços destinados a incentivar transações comerciais mutuamente vantajosas (OMPI).

Diante disso, o presente trabalho tem como objetivo analisar o sistema de patentes como um mecanismo de fomento ao desenvolvimento das tecnologias verdes no seio social. Nesse sentido, inicialmente será feito um estudo sobre as tecnologias verdes e a sua importância para

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). Professora na Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. E-mail: alessandra.sp@hotmail.com

² Pós-doutora pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Diretora da Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria – UNISM. E-mail: narasuzana@fcjsm.com.br

³ Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Doctora en Agua y Desarrollo Sostenible del Instituto Universitario del Agua y de las Ciencias Ambientales (IUACA), Universidad de Alicante/Espanha. Mestre em Desenvolvimento Regional, Estado, Instituições e Democracia pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada. Professora de Graduação e Pós-graduação da UNIABA-DF e FASEA. E-mail: francine@ctmadvocacia.com

⁴ Para acesso à plataforma, textos e pesquisas mais recentes: <https://www3.wipo.int/wipogreen/en/>

a sustentabilidade, em seguida serão analisados os fundamentos do sistema de patentes, com base em sua evolução histórica desde o período medieval, identificando suas principais características, objetivos e funções, para, ao final, verificar a sua estrutura na atualidade, com foco no sistema brasileiro de patentes.

O estudo proposto refere-se à pesquisa básica, que tem como base lógica operacional o método dedutivo e a abordagem qualitativa. Nesse sentido, a pesquisa parte da análise geral do sistema de patentes, seguida pela análise de suas particularidades sobretudo no que corresponde à proteção das tecnologias verdes por meio do programa de patentes verdes.

1. AS TECNOLOGIAS VERDES E SUA IMPORTÂNCIA PARA A SUSTENTABILIDADE

A crescente busca por alternativas que visam aliar o desenvolvimento econômico com a preservação ambiental, amplia a necessidade de criação de tecnologias que estejam de acordo com a natureza, que sejam ambientalmente corretas, ou ambientalmente limpas. Sendo assim, a necessidade de transformações tecnológicas capazes de melhorar as atuais condições ambientais tem sido um dos argumentos que ganha maior relevância, diante dos desafios que a humanidade vem passando na seara das catástrofes ambientais.⁵

A Declaração de Estocolmo de 1972, em seu Princípio 18, já reconhecia a importância da tecnologia “para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente, para solucionar os problemas ambientais e para o bem comum da humanidade”. Além disso, o Princípio 20 refere que “as tecnologias ambientais devem ser postas à disposição dos países em desenvolvimento de forma a favorecer sua ampla difusão, sem que constituam uma carga econômica para esses países”.⁶

O Relatório Brundtland (Nosso Futuro Comum) de 1987 destaca a importância da tecnologia já no início do documento, ao tratar sobre a visão panorâmica da Comissão Mundial sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, referindo que “a tecnologia e a ciência de que dispomos nos permitem, ao menos potencialmente, examinar mais a fundo e compreender melhor os sistemas naturais”⁷. O documento traz a necessidade de reorientar a tecnologia, afirmando que a capacidade de inovação tecnológica precisa ser significativamente ampliada

⁵ JABBOUR, Charbel José Chiappetta. Tecnologias ambientais: em busca de um significado. In: **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro. Maio/Junho. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n3/03.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

⁶ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc

⁷ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991. p. 1.

nos países em desenvolvimento, para que consigam reagir de modo mais eficaz os desafios do desenvolvimento sustentável, bem como que o desenvolvimento tecnológico deve dar maior atenção aos fatores ambientais. Além disso, refere que “a criação de tecnologias mais adequadas ao meio ambiente está diretamente ligada a questões de administração de riscos”⁸.

Apesar de fazer referência às tecnologias ambientais ou aquelas que pudessem favorecer o meio ambiente, em nenhum dos documentos acima houve a definição do que seriam essas tecnologias ambientais.

A Convenção do Clima realizada durante a Conferência das Nações Unidas para o Ambiente e Desenvolvimento (1992), no Rio de Janeiro, trouxe um importante avanço ao abordar e conceituar as Tecnologias Ambientalmente Amigáveis da seguinte forma:

[...] tecnologias de processos e produtos que geram poucos ou nenhum resíduo, tecnologias que protegem o meio ambiente e que são menos poluentes. São tecnologias que utilizam todos os recursos de uma forma mais sustentável, que reciclam mais resíduos e produtos, e ainda, que tratam os dejetos residuais de uma maneira mais aceitável.⁹

Nesse contexto, por tecnologias ambientais pode-se entender aquelas que possibilitam inovações nos procedimentos e na criação de produtos capazes de diminuir consideravelmente ou eliminar impactos degradantes ao meio em que são aplicadas.

O incentivo à criação de novas tecnologias relacionadas ao desenvolvimento sustentável reflete-se na criação de tecnologias verdes, as quais possibilitam novas técnicas que agem em prol do meio ambiente e da sociedade, visto que tudo que for para a melhoria do meio ambiente traz benefícios para a sociedade como um todo. Portanto,

Em nível nacional, as tecnologias verdes correspondem à uma conjugação de dispositivos garantidos constitucionalmente mas que carecem de efetividade. Falamos conjugação por se tratar de um mecanismo que, ao mesmo tempo em que atua agregando valores na promoção do bem-estar para as pessoas – geração presente e futura - atua também como forma de desenvolvimento tecnológico, o que por óbvio é fator preponderante para a geração de riquezas. Em conjunto com os dispositivos constitucionais já mencionados no que tange ao Desenvolvimento, a Carta Maior prescreve ainda dispositivos promotores de incentivo à tecnologia e à pesquisa, o que faz com que as tecnologias verdes se apresentem mais uma vez como mecanismo apto a ampliar a efetividade da Constituição, pois além de cooperar com o direito ao desenvolvimento, também atende aos preceitos de inovação tecnológica.¹⁰

No documento resultante da Rio +20, intitulado “O futuro que queremos”, demonstrou-se a importância da tecnologia verde para a efetivação de um de seus temas centrais, a “economia

⁸ COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. p. 64-65.

⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agenda 21**. Rio de Janeiro: CMMED, 1992. p. 409.

¹⁰ GOMES, Rodrigo Cabral; SANTOS, Nivaldo dos. Direito ao desenvolvimento: uma perspectiva à luz das tecnologias verdes. In: CONPEDI/UFS (Org.). **Direito e Sustentabilidade**. Florianópolis: CONPEDI, 2015. p. 362.

verde”, destacando que para que ocorra um significativo progresso na criação de economias verdes é necessário oferecer apoio a países em desenvolvimento, no sentido de:

d) Facilitar a pesquisa colaborativa internacional de **tecnologias verdes** envolvendo países em desenvolvimento, assegurando que as tecnologias desenvolvidas desse modo continuem sendo de domínio público e estejam disponíveis para países em desenvolvimento a preços acessíveis; e) Encorajar a criação de Centros de Excelência como pontos nodais para P&D de **tecnologia verde**; f) Apoiar cientistas e engenheiros e instituições científicas e de engenharia de países em desenvolvimento para fomentar seus esforços no desenvolvimento de **tecnologias verdes** locais e usar o conhecimento tradicional;¹¹ (grifo nosso).

A nova agenda global “Transformando Nosso Mundo: a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável” reconhece que cada país é responsável por seu próprio desenvolvimento econômico e social, destacando os meios de implementação para o alcance dos seus Objetivos e metas. Dentre eles, “a transferência de tecnologias ambientalmente adequadas em condições favoráveis para os países em desenvolvimento”¹².

A tecnologia é considerada por alguns autores como uma nova dimensão do desenvolvimento sustentável. De acordo com Real Ferrer¹³, o desenvolvimento sustentável possui quatro dimensões, ou seja, a ambiental, que deve ajustar o comportamento dos seres humanos à capacidade de resistência do planeta; a econômica, que deve garantir um acesso mais justo às matérias-primas e à tecnologia, universalizando o acesso a bens e serviços; a social, que deve reinventar a governança, evitando os processos de exclusão e acabando com qualquer tipo de discriminação, garantindo também a educação, a saúde e a mobilidade social; e, por fim, a tecnológica, que deve adaptar-se à nova tecnossociedade, colocando a ciência e a técnica a serviço da sustentabilidade, prevenindo, então, as tecno-catástrofes.

O fator tecnológico normalmente não é considerado quando da análise das dimensões do desenvolvimento sustentável. No entanto, ele é fundamental para o alcance do sucesso em cada uma das áreas, bem como para garantir a viabilidade do desenvolvimento sustentável em todos os seus aspectos.¹⁴

¹¹ CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (RIO+20). **O Futuro que Queremos**. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf p. 8.

¹² CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016.pdf p. 10.

¹³ REAL FERRER, Gabriel. **Principios del derecho ambiental y de la sostenibilidad**. In: SEMINÁRIO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DIREITO AMBIENTAL, 2014, Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Itajaí-SC, [s. p.].

¹⁴ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

Nesse sentido, Giansanti refere que “tanto a limitação do crescimento quanto a gestão racional dos recursos forçam a busca de novas tecnologias, visando garantir a continuidade dos processos produtivos. Um exemplo é o estímulo à adoção das chamadas tecnologias limpas”¹⁵.

Percebe-se, já de início, que o fator tecnológico realmente vem a viabilizar as outras dimensões em busca do desenvolvimento sustentável, já que, como referido acima, as novas tecnologias auxiliam os aspectos econômico e ambiental, quando da adoção de tecnologias limpas.

Para Almeida, “não há sustentabilidade sem inovação”¹⁶. No entanto, o mesmo autor afirma que “a inovação tecnológica, por si só, não é capaz de assegurar sustentabilidade. É preciso que seja acompanhada de inovações não tecnológicas”¹⁷. Para tanto, refere que

A criação de inovações sustentáveis envolve prover e estimular visões alternativas de mundo; assegurar o elo entre o desenvolvimento da inovação e seu valor na cadeia produtiva: procurar novas plataformas, assim como aperfeiçoar as já existentes; estimular o empreendedorismo, envolvendo estudantes e profissionais de diferentes gerações; promover pequenos negócios sem perder de vista sua reprodutibilidade para obter ganhos de escala; e, por fim, desafiar os modelos de negócios com cenários alternativos de futuro. O processo de gestão no desenvolvimento da inovação deve, desde a fase inicial, confrontar a ideia básica com o conceito de sustentabilidade e manter esse procedimento até o final.¹⁸

A partir do que foi referido acima, vislumbra-se a sustentabilidade a partir da inovação, sendo ela tecnológica ou não, já que a inovação tecnológica necessita da inovação não tecnológica. Ou seja, uma depende da outra e vice-versa. O que se percebe, portanto, é uma dimensão tecnológica aliada a outras dimensões, que podem ser a econômica, a social ou a ambiental, e que ambas devem inovar para que possam se desenvolver de forma sustentável.

Cruz e Ferrer¹⁹ entendem que a tecnologia é fundamental para a sustentabilidade, sugerindo, inclusive, uma quarta dimensão para o desenvolvimento sustentável: a dimensão tecnológica. Os autores afirmam que é necessário apresentar e discutir argumentos que sustentem o fato de que a tecnologia não irá frustrar o objetivo que se tem, de que a sociedade não entre em colapso. Assim, sugerem de forma provisória, algumas reflexões sobre essa nova dimensão: o enfrentamento dos riscos difusos, devendo prevalecer o princípio da precaução; a sua disponibilização para a sociedade, evitando o tráfego de tecnologias obsoletas e frequentemente sujas.

¹⁵ GIANANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998. p. 14.

¹⁶ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. p. 167.

¹⁷ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. p. 168.

¹⁸ ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. p. 171.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. **Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos**.

Segundo Bodnar, “na atual sociedade do conhecimento é imprescindível que também seja adicionada a dimensão tecnológica, pois é a inteligência humana individual e coletiva acumulada e multiplicada que poderá garantir um futuro mais sustentável”²⁰.

Pode-se concluir, portanto, que a tecnologia é sim favorável ao desenvolvimento sustentável, estabelecendo benefícios aos integrantes da sociedade e às futuras gerações. No entanto, não se trata de qualquer tecnologia, mas sim aquelas que contribuem para o desenvolvimento sustentável, ou seja, que reconhecem não apenas os aspectos econômicos, mas também os sociais e ambientais: as tecnologias ambientalmente amigáveis ou tecnologias verdes.

2. A EVOLUÇÃO DO SISTEMA DE PATENTES: O SURGIMENTO DAS PATENTES VERDES

O direito de patente, como propriedade industrial, possui um longo processo de desenvolvimento histórico, podendo ser observados, de forma bem definida, quatro momentos:

[...] o primeiro caracterizado pelos privilégios feudais, o segundo marcado pelas ideias liberais da Revolução Francesa e da Independência dos Estados Unidos, o terceiro marcado por um século de internacionalização do regime de patentes, a partir da Convenção da União de Paris, e o quarto e atual momento em que desenvolve-se o processo de mundialização da propriedade intelectual envolvendo a patente, cujo marco foi a firma do acordo de constituição da Organização Mundial do Comércio.²¹

Na Idade Média, a proteção das tecnologias se davam por meio de privilégios, do soberano ao súdito. Nesta época, a patente era uma espécie de diploma oficial, o qual reconhecia o privilégio, o monopólio de exploração do invento, concedido pelo Príncipe a uma pessoa, por prazo determinado.²²

De acordo com Di Blasi, “tem-se notícia que, desde a primeira metade do século XIV, na Inglaterra, eram concedidos privilégios para a exploração de invenções. Na França, ainda na Idade Média, privilégios foram concedidos para a industrialização de produtos”²³. Em Veneza também se destaca o surgimento do sistema de patentes:

Foi por volta de 1400 que a discussão do que viria a ser uma patente entrou no cotidiano da sociedade. Ela surgiu da necessidade de cada governante fixar em seu território as artes mais utilitárias e rentáveis, ou ainda atrair as que lá não existiam. Naquele momento da história, tanto o artista do vidro da Ilha de Murano quanto um bom ferreiro que

²⁰ BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262> Acesso em: 03 nov. 2022. p. 331.

²¹ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 134.

²² BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

²³ DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982. p. 1.

dominasse a técnica de fabricação de uma suspensão de carroça eram valiosos, já que ambos detinham segredos de manufatura, habilidades específicas - tecnologia, enfim. Não havia quem soubesse copiar um cristal de Murano apenas tendo como ponto de partida uma peça pronta nas mãos. Da mesma forma, não bastava olhar de todos os ângulos uma suspensão de carroça para fazer uma igual: era preciso dominar a técnica de forja do metal, a arte de talhar a madeira.²⁴

Enquanto os primeiros privilégios medievais concedidos na Inglaterra tinham como propósito ampliar a base tributária²⁵, a Lei de Veneza de 1474 tinha por intuito “promover los descubrimientos e invenciones, por las ventajas que ello traería para el Estado veneciano”²⁶.

Em relação ao conteúdo dos privilégios venezianos, um dos aspectos mais importantes era a obrigação de explorar os inventos. Isso porque as patentes venezianas não constituíam somente um direito de excluir terceiros, mas também garantiam privilégios como recompensas monetárias, o direito de morar na cidade e o direito de naturalização para estrangeiros. No entanto, para ter esses privilégios o artesão deveria colocar em prática e ensinar a sua técnica²⁷, de forma a promover a efetiva transferência de tecnologia.

Posteriormente, na Inglaterra, as patentes – conhecidas como privilégios de invenção - passaram a ter o propósito de fomentar a transferência de tecnologia, incentivando o desenvolvimento tecnológico, e gradativamente rechaçando os privilégios individuais sem fins de promover as novas tecnologias.

Com a adoção do Estatuto dos Monopólios de 1624, proibiu-se na Inglaterra a concessão desse tipo de privilégio, que foram considerados abusivos, mantendo-se os privilégios de invenção²⁸. Segundo Carvalho, “o Estatuto dos Monopólios teria sido indiretamente inspirado pela experiência veneziana. Isto é o que dizem alguns historiadores das patentes”²⁹. Tal Estatuto “prohibía en forma general la concesión de exclusividades y derechos monopólicos”³⁰. O sistema de patentes inglês passou, então, de um regime medieval respaldado no corporativismo econômico para um regime competitivo baseado na liberdade individual.

Na França, com a Revolução Francesa, houve o rompimento do sistema de privilégios,

²⁴ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Patentes: história e futuro**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf Acesso em: 03 nov. 2022. p. 10.

²⁵ Ver CARVALHO, 2009; ZIBETTI, 2012a; ZIBETTI, 2012b. Essas obras servem como referência fundamental neste tópico do trabalho.

²⁶ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho de las patentes de invención /1**, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2ª ed, 2004. p. 160.

²⁷ CARVALHO. Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

²⁸ ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional**. 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012b.

²⁹ CARVALHO. Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro**. p. 227.

³⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho de las patentes de invención /1**. p. 161.

fazendo com que a proteção por patentes fosse inicialmente abolida; no entanto, essa proteção ressurgiu na forma de direitos ao inventor, fundado nos princípios da propriedade privada, gerando uma mudança radical no sistema de patentes. Isso fez com que o direito de uso da técnica que era concedida pela carta patente perdesse seu significado, já que passou a imperar a liberdade de iniciativa.³¹

Em 1791, na França, a Assembleia Nacional promulgou a lei segundo a qual as descobertas industriais constituem objeto de propriedade, sendo que a burguesia, com isso, consagrou a propriedade sobre as invenções como decorrência do Direito Natural.³²

Então, de um sistema monopólico de privilégios individuais, personalista e arbitrário, presente antes da Revolução Francesa – haja vista que o monarca realizava reservas de mercado sem qualquer critério objetivo –, passou-se a um direito de patentes, considerado pós-revolucionário – uma vez que passou a se constituir um direito individual aos inventores. Tal direito, com influência das revoluções liberais burguesas foi instrumentalizado pela classe social em ascensão, a burguesia, que, suplantando o poder do rei, reconfigurou o direito de patente em bases consideradas mais objetivas.

Quase cem anos depois, ocorre a internacionalização do sistema de propriedade industrial por meio da Convenção da União de Paris (CUP) de 1883, que foi a primeira tentativa de harmonização internacional dos diferentes sistemas jurídicos nacionais relativos à propriedade industrial. Os trabalhos preparatórios dessa Convenção Internacional iniciaram-se em Viena, no ano de 1873; o Brasil foi um dos países signatários originais^{33,34}

Com o propósito de assegurar melhores condições de proteção, levando em conta o processo desenvolvimentista e à luz dos reclamos das nações quanto aos aspectos econômicos e sociais, o texto original da Convenção de Paris foi-se adaptando às revisões que se sucederam: em Bruxelas, a 14 de dezembro de 1900; em Washington, a 12 de junho de 1911; em Haia, a 6 de novembro de 1925; em Londres, a 2 de junho de 1934; em Lisboa, a 31 de outubro de 1959 e em Estocolmo, a 14 de julho de 1967.³⁵

Alguns anos após a Convenção de Paris de 1883, firmou-se a Convenção da União de Berna, no ano de 1886, concretizando a internacionalização dos direitos dos autores sobre suas obras. O movimento de internacionalização dos direitos do autor começou com a criação da Associação Literária Internacional em 1878, a qual organizou um Congresso em Roma, em 1882,

³¹ ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Patentes e normas técnicas**: do direito de indústria e de comércio à exclusividade de exploração econômica de tecnologias. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI / UFF, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade. Florianópolis: Funjab, 2012a.

³² PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994.

³³ Os onze países signatários originários foram Brasil, Bélgica, Espanha, República Francesa, República da Guatemala, Itália, Holanda, Portugal, República do Salvador, Sérvia e Suíça.

³⁴ ZIBETTI, Fabíola Wüst. Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional.

³⁵ DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**. p. 20-21.

que marcou uma nova fase na busca do reconhecimento internacional dos direitos do autor, resultando na conclusão da Convenção de Berna para a Proteção das Obras Literárias e Artísticas, em 1886.³⁶

Nas palavras de Maristela Basso, “foi a primeira vez que países condicionaram a vontade de manter relações comerciais com um nível adequado de proteção em outros países”³⁷. Assim, a partir da Convenção de Paris de 1883, a qual marcou a internacionalização dos direitos de propriedade industrial, bem como da Convenção de Berna de 1886, que fixou a internacionalização dos direitos de autor, percebe-se a formação de um direito internacional da propriedade intelectual.³⁸

Da aliança entre a União de Paris (1883) com a União de Berna (1886), no ano de 1893, formaram-se os Escritórios Internacionais Reunidos para a Propriedade Intelectual (BIRPI³⁹ em francês), com a função de administrar ambos os acordos.

Foi no ano de 1967, após a Segunda Guerra Mundial, já com as discussões de caráter internacional dando-se no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), que através da Convenção de Estocolmo foi criada a Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI). A partir disso, as Uniões reunidas nos BIRPI passaram a ter nova estrutura administrativa, tornando-se a Secretaria Internacional da OMPI.⁴⁰

A OMPI é o foro mundial responsável por serviços, políticas, cooperação e informação em matéria de propriedade intelectual. É um órgão das Nações Unidas que conta com 189 Estados-membros. Sua missão é levar a iniciativa no desenvolvimento de um sistema internacional de propriedade intelectual, equilibrado e eficaz, que permita a inovação e a criatividade em benefício de todos. Foi criada em 1967 em Genebra, na Suíça. No Brasil, o escritório tem sua sede no Rio de Janeiro.⁴¹

A importância dos direitos de propriedade intelectual, que abarcam os direitos de propriedade industrial e os direitos de autor, demonstra-se também por meio da Declaração

³⁶ BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual; ZIBETTI, Fabíola Wüst. Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional.

³⁷ BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. p. 76.

³⁸ ZIBETTI, Fabíola Wüst. Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional.

³⁹ A sigla BIRPI refere-se aos “Bureaux Internationaux Reunis pour la Protection de la Propriete Intellectuelle”

⁴⁰ ZIBETTI, Fabíola Wüst. Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional.

⁴¹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT)** Concluído em Washington em 19 de Junho de 1970, modificado em 28 de Setembro de 1979, em 3 de Fevereiro de 1984 e em 3 de Outubro de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

Universal dos Direitos Humanos (DUDH) de 1948, a qual traz os direitos do inventor como direitos humanos. O Art. XXVII, 2, da DUDH dispõe que: “Todo ser humano tem direito à proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de qualquer produção científica literária ou artística da qual seja autor”⁴².

Após a segunda guerra mundial, um considerável número de países aderiu às convenções internacionais, em relação às patentes. Tendo em vista que essas convenções internacionais lhes davam uma significativa flexibilidade quanto aos padrões de proteção que se deviam adotar nacionalmente, não houve grandes controvérsias. Isso tudo se manteve até a entrada em vigência do Acordo TRIPS.⁴³

O processo de mundialização da patente está marcado por três grandes impulsos: a assinatura do Tratado de Cooperação em Matéria de Patentes, em 1970, a regionalização alcançada com a Convenção de Munique da Patente Européia e a conclusão da Rodada do Uruguai do GATT com a constituição da Organização Mundial do Comércio e o Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.⁴⁴

Com a assinatura do Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT em inglês), em 1970, tornou-se possível a “proteção jurídica da tecnologia pela patente em vários países”⁴⁵.

O processo de mundialização da proteção jurídica da tecnologia pela patente de invenção contou com a inclusão da propriedade intelectual no GATT (Acordo Geral sobre Tarifas Alfandegárias e Comércio), devido “à insatisfação gerada nos países ricos pela incapacidade e lentidão para conseguir a ampliação da propriedade intelectual no seio da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), órgão especializado da ONU”⁴⁶.

No ano de 1986, pra ser mais exato no dia 20 de setembro, em Punta del Este, foi estabelecida uma rodada de negociações, conhecida como Rodada Uruguai, a qual encerrou-se em 1994, com a assinatura do Acordo Constitutivo da Organização Mundial do Comércio (OMC). Os Estados vinham negociando os temas para debate desde o ano de 1982 e concordou-se que um deles seria o Acordo Relativo aos Aspectos da Propriedade Intelectual (TRIPs).⁴⁷

A inserção do TRIPs no GATT deve-se a duas razões: “o interesse de completar as deficiências do sistema de proteção da propriedade intelectual da OMPI, e a segunda, a

⁴² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

⁴³ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro.

⁴⁴ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. p. 144.

⁴⁵ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. p. 145.

⁴⁶ PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial**: as funções do direito de patentes. p. 169.

⁴⁷ BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual.

necessidade de vincular, definitivamente, o tema ao comércio internacional”⁴⁸.

Uma das áreas de mais difícil negociação durante a Rodada do Uruguai foi a das Patentes, razão pela qual a Seção 5 da Parte II (arts. 27 a 34) é a mais detalhada do TRIPs e apresenta obrigações mais precisas. Os objetivos perseguidos pelos países desenvolvidos, especialmente os Estados Unidos, de dar chance mundial à patenteabilidade dos produtos farmacêuticos, dificultaram o consenso entre as partes. Os artigos 27 a 34 regulam os diversos aspectos das patentes e devem ser completados com as disposições das Partes VI e VII do TRIPs, que determinam o período de transição e as disposições institucionais para o cumprimento das obrigações em matéria de patentes.⁴⁹

Em relação às mudanças ao sistema de patentes, trazidas com o Acordo TRIPs, o qual representou o início de uma nova fase para a propriedade intelectual, não houve grandes mudanças, já que a estrutura em si continuou a mesma. O que ocorreu, e esta foi considerada a única, porém grande, mudança, foi com relação à harmonização entre os países sobre como o sistema deveria ser usado, já que muitos países tinham opiniões diversas.⁵⁰

Os primeiros anos após a entrada em vigência do TRIPs passaram sem grandes reações. Os países em desenvolvimento receberam cinco anos de transição para implementar as suas obrigações, exceto no que tocava ao tratamento nacional e ao tratamento da nação mais favorecida (um ano), bem como à implementação (imediata) do mecanismo vulgarmente chamado de “caixa do correio” (mail box), segundo o qual os países que em 1º de janeiro de 1995 não tivessem ainda um regime de proteção de patentes para produtos farmacêuticos e agroquímicos deveriam estabelecer imediatamente um sistema pelo qual os respectivos pedidos seriam depositados e teriam direito a receber uma data relevante de depósito para os fins de seu futuro exame.⁵¹

Quanto aos avanços na estrutura do sistema de patentes, não houveram muito em nível multilateral, mas em nível nacional a história se repete, tendo em vista que nos últimos anos tem ocorrido um intenso debate nos Estados Unidos, o motivo é o excesso na concessão de patentes e abusos cometidos no exercício dos direitos relativos aos títulos, bem como um certo exagero ao estabelecer indenizações por violação.⁵²

Além disso, “desta vez, a crise do sistema norte-americano de patentes não ficou confinada às fronteiras do país e começou a espalhar-se para outros países que seguem a sua influência, seja espontaneamente, seja em razão de negociações bilaterais”⁵³.

No século XIX, os países que utilizavam o sistema de patentes faziam-no numa perspectiva nacional de promoção do desenvolvimento tecnológico, e por isso o que se passava com as normas e a sua prática em um país não afetava os outros. No fim do século XX as coisas mudaram, com a necessidade de harmonização das regras nacionais.

⁴⁸ BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. p. 159.

⁴⁹ BASSO, Maristela. O Direito Internacional da Propriedade Intelectual. p. 228-229.

⁵⁰ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro.

⁵¹ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 379.

⁵² CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro.

⁵³ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 395.

O modelo e o líder dessa harmonização são os Estados Unidos, como maior potência econômica do mundo e maior usuário do sistema.⁵⁴

Portanto, a lógica da proteção das patentes em âmbito internacional, passou de uma política de industrialização para uma política de acesso a mercados estrangeiros, isso porque os países desenvolvidos querem que suas invenções sejam também protegidas nos outros países, para que possam conseguir exportar produtos com mais tecnologia e aumentando a base dos consumidores que vão compartilhar os custos de pesquisa e desenvolvimento, bem como o pagamento de lucros e os custos de distribuição.⁵⁵

Com o passar dos anos, o avanço das discussões sobre o desenvolvimento sustentável e a importância da tecnologia voltada para a preservação do meio ambiente, através da criação de tecnologias verdes, sugerem a necessidade da proteção dessas tecnologias pelo sistema de patentes afim de promover o desenvolvimento sustentável.

Dessa forma, ao aliar a proteção da propriedade intelectual ao desenvolvimento sustentável surgem as chamadas patentes verdes, as quais “preveem procedimentos específicos visando tornar mais célere o exame e a concessão de pedidos de patentes relacionados a tecnologias ambientalmente amigáveis, contribuindo para a inovação relacionada à sustentabilidade”⁵⁶

O tema relacionado às patentes verdes originou-se na OMPI, no ano de 2009, onde decidiu-se que as patentes relacionadas ao meio ambiente, devido à importância da proteção de tecnologias sustentáveis, possuiriam prioridade em relação às outras. A OMPI selecionou alguns temas patenteáveis para tal proteção especial: energia alternativa, transporte, conservação de energia, gerenciamento de resíduos, agricultura, energia nuclear; sendo que a proteção destes deveria ocorrer de maneira a facilitar seu desenvolvimento.

Assim, o que se percebe é que com a promoção das patentes verdes, há a união de dois elementos, quais sejam, meio ambiente e inovação. Através do sistema de patentes verdes, então, há o desenvolvimento de projetos que preservem o meio ambiente, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

3. A ESTRUTURA ATUAL DO SISTEMA DE PATENTES NO BRASIL

No marco dos direitos fundamentais brasileiros, a Constituição Federal de 1988 garante a

⁵⁴ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 395.

⁵⁵ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro.

⁵⁶ SANTOS, Nivaldo dos; OLIVEIRA, Diego Guimarães de. A patenteabilidade de tecnologias verdes como instrumento de desenvolvimento sustentável. In: **Revista Jurídica**. vol. 4, n.37, p. 294-310. out - dez 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1051/738> Acesso em: 03 nov. 2022.

proteção dos direitos de propriedade intelectual. Nesse sentido, em seu Art. 5º, inciso XXIX, assegura aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País. De outra parte, assegura-se a todos o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (Art. 225, Constituição Federal de 1988). Nesse marco, o desenvolvimento tecnológico e econômico pode contribuir para o meio ambiente, especialmente por meio de tecnologias para o desenvolvimento sustentável.

No Brasil, o sistema de patentes atual é regulado pela Lei de Propriedade Industrial, Lei 9.279/1996⁵⁷ – adotada logo após a adesão do Brasil ao Acordo TRIPS –, bem como por normativas do INPI (Instituto Nacional de Propriedade Industrial), autarquia responsável pelo processamento e concessão de patentes.

A Lei 9.279/1996, em vigor desde maio de 1997, veio a substituir o antigo Código de Propriedade Industrial (Lei 5.772/1971), já que este acabava por confrontar-se com as novas demandas da época. A necessidade de uma legislação em harmonia com o contexto internacional era evidente, tendo em vista que a globalização tornara-se uma realidade para os países. Assim, a nova lei veio para nortear os aspectos relacionados com a propriedade industrial no país, prevendo questões atuais que estavam sendo discutidas (patentes de medicamentos e alimentos, por exemplo). Ainda, essa nova legislação deu ênfase ao aspecto social da patente, tratando-a como um elemento fundamental para o desenvolvimento tecnológico e econômico do Brasil.⁵⁸

A lei trata da proteção dos direitos de propriedade industrial das patentes de invenção e modelos de utilidade, estabelecendo os direitos conferidos pela patente e as regras para sua proteção, incluindo, entre outros aspectos, os requisitos e condições para proteção, bem como o procedimento de depósito de pedido de patente.

Dessa forma, há dois tipos de patentes: a patente de invenção e a patente de modelo de utilidade (Art. 6º, Lei 9.279/1996). No caso da patente de invenção, esta deve atender aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial. Já a patente de modelo de utilidade tem como requisitos o objeto de uso prático, suscetível de aplicação industrial, que apresente nova forma ou disposição, envolvendo o ato inventivo e que resulte em melhoria funcional no seu uso ou em sua fabricação (Arts. 8º e 9º, Lei 9.279/1996).

Com a legislação de 1996, os desenhos e modelos industriais deixaram de ser protegidos

⁵⁷ BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996.** Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm Acesso em: 03 nov. 2022.

⁵⁸ MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **A História da Tecnologia Brasileira Contada por Patentes.**

por patentes e passaram a ser tutelados por meio de registro de desenho industrial (Art. 2º, Lei 9.279/1996). Na legislação anterior (Lei 5.772/1971), o artigo 5º previa sua proteção por patentes: “Ao autor de invenção, de modelo de utilidade, de modelo industrial e de desenho industrial será assegurado o direito de obter patente que lhe garanta a propriedade e o uso exclusivo, nas condições estabelecidas neste Código”⁵⁹.

Da proteção conferida pela patente, o titular adquire o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar produto objeto de patente e, ainda, processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado. Além disso, assegura-se o direito de impedir que terceiros contribuam para que outros pratiquem os atos ora referidos (Art. 42, Lei 9.279/1996), bem como o direito de obter indenização pela exploração indevida de seu objeto, inclusive em relação à exploração ocorrida entre a data da publicação do pedido e a da concessão da patente (Art. 44, Lei 9.279/1996).

Nesse contexto, para que o titular alcance a proteção conferida pela patente, há que se atender, inicialmente, a três requisitos: novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

O primeiro requisito, a novidade, pode ser entendida, como um novo conhecimento que não esteja compreendido no estado da técnica, entendendo-se por estado da técnica tudo aquilo que se torna acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, no Brasil ou no exterior (Art. 11, § 1º, Lei 9.279/1996). Para Newton Silveira, a novidade refere-se a “um novo conhecimento para o próprio sujeito, enquanto, em sentido objetivo, representa um novo conhecimento para toda a coletividade”⁶⁰.

Segundo Carvalho,

A novidade é uma noção objetiva e é aferida comparando a invenção reivindicada com o estado da técnica, isto é, o conhecimento técnico que estava publicamente disponível na data relevante (a qual é definida em lei, mas que naturalmente corresponde à data do depósito no pedido num certo país, ou, se esse país for signatário da Convenção de Paris e/ou Membro da OMC, à data da prioridade).⁶¹

O segundo requisito é a atividade inventiva. No caso da invenção, o requisito será alcançado sempre que, para um técnico no assunto, não decorra de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica (Art. 13, Lei 9.279/1996). No caso do modelo de utilidade, da mesma forma, sempre que não decorra de maneira comum ou vulgar do estado da técnica (Art. 14, Lei 9.279/1996). De acordo com Barbosa, a atividade inventiva “tenta mensurar o grau de relevância

⁵⁹ Ver: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5772.htm

⁶⁰ SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual**: propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5. Ed. Barueri, SP: Manole, 2014. p. 8.

⁶¹ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 95.

tecnológica da informação que se pretende patentear”⁶².

Nesse sentido, Carvalho explica que

O nível inventivo é apreciado pelo examinador a partir de uma perspectiva objetiva – comparação entre a invenção e o estado da técnica – mas existe nele um componente subjetivo, que é a apreciação da obviedade. O examinador tem que se colocar no lugar de uma pessoa com experiência normal no assunto, e não olhar a invenção nem com a ingenuidade de um iniciante nem com o rigor de um perito consumado. É um papel difícil, sem dúvida, e dependendo da seriedade com que a condição da atividade inventiva é aplicada, pode haver a tendência tanto no sentido de se conceder patentes para inventos relevantes quanto no sentido contrário, ou seja, de só conceder patentes para invenções fundamentais.⁶³

Segundo Labrunie, “para a proteção patentária, portanto, exige-se algo mais do que a simples novidade. É necessário que a invenção atinja um certo nível de criatividade. Mesmo nova, não preencherá o requisito da atividade inventiva, tratando-se de invenção evidente ou óbvia”⁶⁴

Ademais, ao se examinar um pedido de patente de um invento determinado, de acordo com Carvalho, este “não é o produto da criação de uma pessoa ordinária – esta é aquela que examina o pedido e para esta é que a criação reivindicada deve *parecer* inventiva. Estamos falando de algo que está fora da rotina, de algo que supera a criatividade normal, ordinária”⁶⁵ (grifo do autor).

O terceiro requisito para o alcance da proteção conferida pela patente é a aplicação industrial. Tanto a invenção quando o modelo de utilidade são considerados suscetíveis de aplicação industrial quando possam ser utilizados ou produzidos em qualquer tipo de indústria (Art. 15, Lei 9.279/1996). Segundo Labrunie, no caso da invenção, a aplicação industrial refere-se “a mera possibilidade de industrialização ou seu uso na indústria (qualquer tipo de indústria, inclusive agricultura) da invenção”⁶⁶

Ademais, como condição, deve ser suficientemente descrita (suficiência descritiva), tendo em vista que o relatório deverá descrever clara e suficientemente o objeto, de modo a possibilitar sua realização por técnico no assunto e indicar, quando for o caso, a melhor forma de execução. Na área da biotecnologia⁶⁷, em havendo material biológico essencial à realização prática do

⁶² BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual**: introdução à propriedade intelectual como informação. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009. p. 123.

⁶³ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 97.

⁶⁴ LABRUNIE, Jacques. **Direito de patentes**: condições legais de obtenção e nulidades. Barueri, SP: Manole, 2006. p. 67.

⁶⁵ CARVALHO. Nuno Pires de. A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro. p. 97-98.

⁶⁶ LABRUNIE, Jacques. **Direito de patentes**: condições legais de obtenção e nulidades. p. 70.

⁶⁷ Em relação aos requisitos para a proteção em biotecnologia, limita-se a especificar o da aplicação industrial, já que quando a invenção envolve sequências biológicas, tal requisito só é atendido quando é revelada uma utilidade para a referida sequência. Além disso, a Resolução dispõe sobre as condições para a proteção; as reivindicações; matérias excluídas de proteção segundo a LPI; microrganismos; sequências biológicas; animais, plantas, suas partes e processos de obtenção; e, ainda, pedidos de

objeto do pedido, que não possa ser suficientemente descrito e não estando acessível ao público, além do relatório deve ser feito o depósito do material em instituição autorizada pelo INPI ou indicada em acordo internacional (Art. 24, Lei 9.279/1996).

O relatório descritivo pode ser verificado nas diretrizes de exame de pedidos de patentes do INPI, quanto ao conteúdo do pedido de patente. Tal relatório deve atentar a um modo de apresentação, o qual deve ser iniciado pelo título, bem como deve compreender o estado da técnica, o problema técnico a ser resolvido pela invenção e comprovação do efeito técnico alcançado, a aplicação industrial, a suficiência descritiva, o depósito de material biológico, a listagem de sequências, a matéria inicialmente revelada no relatório descritivo, o uso de nomes próprios, marcas registradas ou nomes comerciais, sinais de referência, terminologia, valores físicos e unidades, declarações genéricas e documentos de referência.⁶⁸

Quanto à suficiência descritiva que se apresenta nas diretrizes de exame de pedido de patentes do INPI, esta deve ser avaliada com base no relatório descritivo, que deverá apresentar a invenção de maneira suficientemente clara e precisa, a ponto de ser reproduzida por um técnico no assunto. O relatório descritivo deverá conter condições suficientes que garantam a concretização da invenção reivindicada.⁶⁹

No tocante às tecnologias ambientalmente corretas, ou tecnologias verdes, é no relatório descritivo (relatório técnico) que devem ser destacadas as questões de cunho ambiental, já que se deve especificar o campo técnico ao qual a invenção se relaciona.

O procedimento de depósito inicia com o pedido de patente, o qual deverá conter: requerimento, relatório descritivo, reivindicações, desenhos (se for o caso), resumo e comprovante do pagamento (Art. 19, Lei 9.279/1996). Após a apresentação do pedido, este será submetido a um exame formal preliminar e, estando tudo certo, será protocolizado, sendo considerada a data de apresentação como a data de depósito (Art. 20, Lei 9.279/1996)

Caso o pedido não atenda as disposições formais previstas para o pedido de patente, mas conter dados relativos ao objeto, ao depositante e ao inventor, poderá ser entregue, mediante recibo datado, ao INPI, o qual irá estabelecer as exigências que deverão ser cumpridas no prazo de 30 (trinta) dias, sob pena de devolução ou arquivamento da documentação. Após o cumprimento das exigências, o depósito será considerado como efetuado na data do recibo (Art. 21, Lei 9.279/1996).

patente envolvendo componentes do patrimônio genético nacional. (INPI. **Resolução 144 de 12 de março de 2015**. Disponível em: http://www.inpi.gov.br/sobre/arquivos/resolucao_144-2015_-_diretrizes_biotechnologia.pdf Acesso em: 08 de janeiro de 2017)

⁶⁸ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 124, de 04 de dezembro de 2013**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/centrais-de-conteudo/legislacao/Resolucao1242013.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

⁶⁹ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 124, de 04 de dezembro de 2013**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/centrais-de-conteudo/legislacao/Resolucao1242013.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

Cumpramos ressaltar que o depositante do pedido e o titular da patente estão sujeitos ao pagamento de retribuição anual, a partir do início do terceiro ano da data do depósito (Art. 19, Lei 9.279/1996). Tal anuidade faz parte do procedimento de depósito e sua finalidade é não somente a arrecadação de tributos (esta no caso é bastante secundária), mas principalmente a inibição ao titular da patente de deixá-la sem uso.

Com o intuito de acelerar o processo de registro de patentes, o INPI criou programas piloto prioritários, como o que disciplina o exame prioritário de pedidos de patente em razão da idade (idade igual ou superior a 60 anos), uso indevido do invento, doença grave e pedido de recursos de fomento no âmbito do INPI.⁷⁰ Há também o Projeto Piloto Prioridade BR, que prioriza o exame de pedidos de patente com origem no Brasil, que foram posteriormente requeridos no exterior.⁷¹

Além dos programas piloto prioritários ora referidos, há o Programa Piloto de Patentes Verdes, criado no ano de 2012⁷², o qual trouxe inovações ao sistema de patentes brasileiro, de forma a considerar a importância da sustentabilidade das patentes de invenção.

O sistema brasileiro de patentes está de acordo com o sistema internacional, cuja função principal, que por muito tempo foi a arrecadação de tributos, hoje apresenta-se também como um incentivo à inovação e a difusão de tecnologias, inclusive nas questões ambientais, como as tecnologias verdes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Para desenvolver soluções inovadoras e sustentáveis em resposta às crises do mundo atual, a ciência, a tecnologia, a pesquisa e o desenvolvimento de capacidades para o desenvolvimento sustentável devem ser fortalecidos. O acesso aberto à informação científica é um pré-requisito para produzir conhecimento para o desenvolvimento científico. A evidência científica e os princípios éticos devem guiar comportamentos, políticas de ação e decisões governamentais para fortalecer as agendas do desenvolvimento sustentável. Logo, a criação de tecnologias verdes contribuem de maneira significativa para a sustentabilidade na medida em que possibilitam inovações nos procedimentos e na criação de produtos capazes de diminuir consideravelmente ou eliminar impactos degradantes ao meio em que são aplicadas.

As patentes constituem uma das mais antigas formas de proteção da propriedade

⁷⁰ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 151 de 23 de outubro de 2015**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/arquivos-dirpa/normativa151_2015_PRIORITARIO.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

⁷¹ INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 153 de 28 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/br/br212pt.html> Acesso em: 03 nov. 2022.

⁷² INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução nº 283 de 02 de abril de 2012**. Disponível em: http://www.inovacao.uema.br/imagens-noticias/files/Resolucao_283_Patentes_Verdes.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

intelectual e, como tal tem por objetivo incentivar o desenvolvimento econômico e tecnológico recompensando a criatividade. A principal função do sistema de patentes, desde os seus primórdios, é a expansão da base tributária, tendo como objeto toda e qualquer invenção. A finalidade da patente, portanto, é conceder uma forma de proteção aos progressos tecnológicos e às melhorias funcionais no uso ou na fabricação de uma nova forma inventada.

Atualmente, existem as patentes verdes, ou seja, aquelas relacionadas ao meio ambiente, criadas devido à importância da proteção de tecnologias sustentáveis, cujo objetivo é a prioridade em relação às outras. Com a promoção das patentes verdes, há a união de dois elementos, quais sejam, meio ambiente e inovação. Através do sistema de patentes verdes, então, há o desenvolvimento de projetos que preservem o meio ambiente, promovendo, ao mesmo tempo, o desenvolvimento social, econômico e tecnológico.

REFERÊNCIAS

CONVENÇÃO DA UNIÃO DE PARIS (CUP). Acesso em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and1263-94.pdf

ACORDO SOBRE ASPECTOS DOS DIREITOS DE PROPRIEDADE INTELECTUAL RELACIONADOS AO COMÉRCIO (TRIPS). Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/legislacao-1/27-trips-portugues1.pdf>

ALMEIDA, Fernando. **Os desafios da sustentabilidade: uma ruptura urgente**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

BARBOSA, Cláudio R. **Propriedade intelectual: introdução à propriedade intelectual como informação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2009.

BASSO, Maristela. **O Direito Internacional da Propriedade Intelectual**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

BODNAR, Zenildo. A sustentabilidade por meio do direito e da jurisdição. In: **Revista Jurídica Cesumar - Mestrado**, v. 11, n. 1, p. 325-343, jan./jun. 2011. p. 331. Disponível em: <http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/1885/1262> Acesso em: 03 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996**. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm Acesso em: 03 nov. 2022.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. **Derecho de las patentes de invención /1**, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, 2ª ed, 2004.

CARVALHO, Nuno Pires de. **A estrutura dos sistemas de patentes e de marcas – passado, presente e futuro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE O MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. **Nosso Futuro Comum**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Editora da Fundação Getúlio Vargas, 1991.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL (RIO+20). **O Futuro que Queremos**. Disponível em: http://www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/OFuturoqueQueremos_rascunho_zero.pdf

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo**. Disponível em: www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc

CRUZ, Paulo Márcio; FERRER, Gabriel Real. Direito, Sustentabilidade e a Premissa Tecnológica como Ampliação de seus Fundamentos. **Seqüência (Florianópolis)**, n. 71, p. 239-278, dez. 2015.

CÚPULA MUNDIAL DE DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/ed_desenvsust/Agenda2030completoportugus12fev2016.pdf

DI BLASI, Clésio Gabriel. **A propriedade industrial**. Rio de Janeiro: Guanabara Dois, 1982.

GIANSANTI, Roberto. **O desafio do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atual, 1998.

GOMES, Rodrigo Cabral; SANTOS, Nivaldo dos. Direito ao desenvolvimento: uma perspectiva à luz das tecnologias verdes. In: CONPEDI/UFS (Org.). **Direito e Sustentabilidade**. Florianópolis: CONPEDI, 2015.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 124, de 04 de dezembro de 2013**. Disponível em: <https://www.gov.br/inpi/pt-br/backup/centrais-de-conteudo/legislacao/Resolucao1242013.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 144 de 12 de março de 2015**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/resolucao_144-2015_-_diretrizes_biotechnologia.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 151 de 23 de outubro de 2015**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/assuntos/arquivos-dirpa/normativa151_2015_PRIORITARIO.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução 153 de 28 de dezembro de 2015**. Disponível em: <https://wipolex-res.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/pt/br/br212pt.html> Acesso em: 03 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Resolução nº 283 de 02 de abril de 2012**. Disponível em: http://www.inovacao.uema.br/imagens-noticias/files/Resolucao_283_Patentes_Verdes.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

INSTITUTO NACIONAL DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL (INPI). **Patentes: história e futuro**. Disponível em: https://www.gov.br/inpi/pt-br/composicao/arquivos/patente_historia_e_futuro.pdf Acesso em: 03 nov. 2022.

JABBOUR, Charbel José Chiappetta. Tecnologias ambientais: em busca de um significado. In: **Revista de Administração Pública (RAP)**. Rio de Janeiro. Maio/Junho. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v44n3/03.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

LABRUNIE, Jacques. **Direito de patentes: condições legais de obtenção e nulidades**. Barueri, SP: Manole, 2006.

MINISTÉRIO DO DESENVOLVIMENTO, INDÚSTRIA E COMÉRCIO EXTERIOR. **A História da Tecnologia Brasileira Contada por Patentes**.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Agenda 21**. Rio de Janeiro: CMMED, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Tratado de Cooperação em matéria de Patentes (PCT)** Concluído em Washington em 19 de Junho de 1970, modificado em 28 de Setembro de 1979, em 3 de Fevereiro de 1984 e em 3 de Outubro de 2001. Disponível em: <http://www.wipo.int/export/sites/www/pct/pt/texts/pdf/pct.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA PROPRIEDADE INTELECTUAL (OMPI). **Wipo Green: o mercado de tecnologia sustentável**. Disponível em: <https://www3.wipo.int/wipogreen/docs/pt/charter.pdf> Acesso em: 03 nov. 2022.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial:** as funções do direito de patentes. Porto Alegre: Síntese, 1999.

PIMENTEL, Luiz Otávio. **Direito industrial:** aspectos introdutórios. Chapecó: Unoesc, 1994.

REAL FERRER, Gabriel. **Principios del derecho ambiental y de la sostenibilidad.** In: SEMINÁRIO ESTADO CONTEMPORÂNEO E DIREITO AMBIENTAL, 2014, Universidade do Vale do Itajaí- UNIVALI, Itajaí-SC, [s. p.].

SANTOS, Nivaldo dos; OLIVEIRA, Diego Guimarães de. A patenteabilidade de tecnologias verdes como instrumento de desenvolvimento sustentável. In: **Revista Jurídica.** vol. 4, n.37, p. 294-310. out - dez 2014. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1051/738> Acesso em: 03 nov. 2022.

SILVEIRA, Newton. **Propriedade intelectual:** propriedade industrial, direito de autor, software, cultivares, nome empresarial, abuso de patentes. 5. Ed. Barueri, SP: Manole, 2014.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Patentes e normas técnicas:** do direito de indústria e de comércio à exclusividade de exploração econômica de tecnologias. In: XXI Congresso Nacional do CONPEDI / UFF, 2012, Niterói. XXI Congresso Nacional do CONPEDI: O Novo Constitucionalismo Latino Americano: desafios da sustentabilidade. Florianópolis: Funjab, 2012a.

ZIBETTI, Fabíola Wüst. **Relação entre normalização técnica e propriedade intelectual no ordenamento jurídico do comércio internacional.** 2012. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012b.

ARTIGOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA ESPAÇOS VIRTUAIS
A DESIGUALDADE ECONÔMICA COMO FATOR PARA A PRIVAÇÃO DE DIREITOS
ECONOMIC INEQUALITY AS A FACTOR FOR THE DEPRIVATION OF RIGHTS

Vitória Piucco¹

Victória Gandolfi Medeiros²

Karen Beltrame Becker Fritz³

RESUMO

Diante as graves crises financeiras e sanitárias, há décadas a desigualdade mundial aumenta e o debate a respeito precisa sair do campo apenas da economia e ter uma visão aberta, com questões amplas, pois quanto mais desigualdade existir, indiferente do âmbito, mais privados dos direitos estarão as sociedades e mais visíveis se tornam as questões sociais históricas. Isso se dá pelas crises inerentes ao capitalismo, onde se está sempre em busca de mais lucros e acumulações, provocando assim tensões e perdas de direitos. Diante a desigualdade social no capitalismo, onde a maioria da população não possui condições dignas de sobrevivência, a privação de direitos civis, políticos e sociais aumentam e dessa forma, o Estado possui um papel fundamental, pois é competente para a realização de políticas sociais, promovendo condições básicas garantidas e conquistadas constitucionalmente. Para a realização do presente trabalho foi utilizado o método dedutivo, numa perspectiva analítica e crítica, utilizando-se da técnica documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Capitalismo; Desigualdade econômica; Economia; Estado; Privação de direitos;

ABSTRACT

In the face of serious financial and health crises, world inequality has increased for decades and the debate about it needs to leave the field of economics only and have an open view, with broad questions, because the more inequality there is, regardless of the scope, the

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: viippiucco@gmail.com.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED. Advogada. E-mail: victoriagandolfimedeiros@gmail.com.

³ Pós Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Espanha. Professora Permanente do Programa de Pós-graduação - Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Professora Titular II da Faculdade de Direito da UPF. E-mail: karenfritz@upf.br

more deprived of rights societies will be and the more visible historical social issues become. This is due to the crises inherent to capitalism, where it is always looking for more profits and accumulations, thus causing tensions and loss of rights. Faced with social inequality in capitalism, where the majority of the population does not have decent conditions for survival, the deprivation of civil, political and social rights increases and in this way, the State plays a fundamental role, as it is competent to carry out social policies, promoting basic conditions guaranteed and conquered constitutionally. In order to carry out this work, the deductive method was used, in an analytical and critical perspective, using the documental and bibliographical technique.

KEYWORDS: Capitalism; Deprivation of rights; Economic inequality; Economy; State.

INTRODUÇÃO

A desigualdade global é a consequência de séculos de progresso heterogêneo podendo ser causa ou consequência de muitas disparidades, como econômica, social, cultural, política, educacional, profissional, étnico-racial, regional e de gênero. Na trajetória histórica da sociedade capitalista, as desigualdades possuem suas particularidades dependendo do contexto, mas sempre estão presentes através da fome, miséria, desemprego, violência e das más condições de habitação, saúde, educação e inserção social.

Há décadas a desigualdade mundial aumenta, onde se tem chegado a um “mundo de extremos, polarizações e recrudescimento da intolerância e diminuição da capacidade de empatizar e promover bons diálogos entre pessoas e nações”.

As desigualdades, privação de direitos e questões sociais estão sempre relacionadas e isso se dá pelas crises inerentes ao capitalismo, onde sempre se busca mais lucros e acumulações, provocando assim tensões e perdas de direitos. Na contemporaneidade, a privação de direitos pelo Estado social pode ser entendida como fenômeno econômico e de supressão da mercantilização crescente dos elementos necessários à vida.

A redução do Estado na sua função de proteção social intensificou o abandono e a repressão às classes trabalhadoras, inseridas ou não no mercado de trabalho. Dessa forma, as desigualdades aumentam juntamente com a privação de direitos civis, políticos e sociais. Dessa forma, as desigualdades de renda potencializaram outras desigualdades, como a impossibilidade de acessar bens e serviços.

De acordo com a ONU/PNUD o Brasil está entre os sete países mais desiguais, caminhando em um sentido contrário a diminuição de desigualdades, destacando-se pela má distribuição de renda, a falta de acesso à educação de qualidade, os salários baixos, a política fiscal injusta, a dificuldade de acesso aos serviços básicos, como saúde, transporte público e

saneamento básico, às altas taxas de desemprego, crescimento do trabalho informal e à diminuição das famílias atendidas pelo Programa Bolsa Família.

Importante destacar que a apropriação da renda nacional pelas classes mais pobres não se alterou de forma significativa, pois, sem políticas efetivas de distribuição de renda, os ganhos para os mais pobres são advindos da estabilização da economia, não representando diminuição da desigualdade.

Portanto, fica evidente a desigualdade social no capitalismo, onde a maioria da população não possui condições dignas de sobrevivência. Dessa forma, o Estado possui um papel fundamental, pois é competente para a realização de políticas sociais, promovendo condições básicas garantidas e conquistadas constitucionalmente, para que assim que sejam “examinados os mecanismos socioeconômicos que produzem as desigualdades em cada sociedade frente a tais mecanismos de redistribuição”.

1. DESIGUALDADE E POBREZA NO BRASIL

A pobreza não pode ser definida de forma única e universal para o resultado das desigualdades, entretanto, está ligada a escassez agregada de recursos e a má distribuição dos recursos existentes. Dessa forma, se vislumbra que o Brasil não é um país pobre, mas sim, um país com muitos pobres.

A pobreza se classifica como a situação de carência em que os indivíduos não conseguem manter um padrão mínimo de vida condizente com as referências socialmente estabelecidas em cada contexto histórico. Dessa forma, a pobreza pode ser classificada como a insuficiência de renda, ou seja, há pobreza em razão da existência de famílias vivendo com renda familiar per capita inferior “ao nível mínimo necessário para que possam satisfazer suas necessidades mais básicas”.⁴

Nenhum critério de definição é neutro, visto que o Brasil não possui de forma oficial o que seria "pobre", "pobreza" ou "extrema pobreza". Assim, conforme o Programa Auxílio Brasil verifica-se a partir da renda familiar per capita mensal o resultado da divisão entre a renda familiar mensal e o total de indivíduos da família⁵. A Lei 14.284/2021 define como em situação de pobreza

⁴ BARROS, Ricardo de Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Scielo. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/WMrPqbymgm4VjGwZcJvFkx/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; ROCHA, Thiago Santos. **Considerações sobre o direito fundamental à "renda básica familiar" (parte 2)**. Consultório Jurídico. 24 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-24/consideracoes-direito-renda-basica-familiar-ii>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

“cuja renda familiar per capita mensal se situe entre R\$ 105,01 (cento e cinco reais e um centavo) e R\$ 210,00 (duzentos e dez reais)” e em “situação de extrema pobreza, com renda familiar per capita mensal igual ou inferior a R\$ 105,00 (cento e cinco reais)”.⁶

O Brasil ocupou no ano de 2021 a nona posição entre as maiores economias do mundo com um PIB de US\$ 1,8 trilhão. Devido a desvalorização cambial, incertezas fiscal e taxa de crescimento baixa nos últimos anos e com a pandemia inevitavelmente passou-se a ocupar o 12º posto neste ranking.⁷

O país possui condições geográficas e climáticas favoráveis, bacias hídricas abundantes, minérios, ventos favoráveis para desenvolvimento de energia eólica e sem catástrofes naturais. Mas um país rico com PIB precisa repercutir também sobre a renda per capita, o que não acontece no Brasil, e isso nos faz um país de pobres porque a renda dos brasileiros é baixa e profundamente desigual,⁸ onde uma parcela de 10% dos mais ricos do Brasil concentra cerca de 42% da renda total do país.⁹

Apesar da trajetória histórica, uma parcela muito pequena da sociedade brasileira é detentora de muitos bens enquanto a maioria vive na pobreza extrema. Essas desigualdades afetam os países de economia periférica, nos quais a má distribuição de renda, a concentração de riqueza e a falta de investimentos em políticas sociais configuram disparidades e desequilíbrios no padrão de vida no âmbito econômico, social, cultural ou político, configurado conseqüências para fatores como o profissional, o étnico-racial, o regional e o de gênero.

De acordo com Rousseau, há duas formas de desigualdades:

Concebo na espécie humana duas espécies de desigualdade: uma, que chamo de natural ou física, porque é estabelecida pela natureza, e que consiste na diferença das idades, da saúde, das forças do corpo e das qualidades do espírito, ou da alma; a outra, que se pode chamar de desigualdade moral ou política, porque depende de uma espécie de convenção, e que é estabelecida ou, pelo menos, autorizada pelo consentimento dos homens. Consiste esta nos diferentes privilégios de que gozam alguns com prejuízo dos outros, como ser mais rico, mais honrado, mais poderoso do que os outros, ou mesmo fazerem-se obedecer por eles.¹⁰

⁶ BRASIL. LEI Nº 14.284, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2021. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁷ SENRA, Dante. **País pobre ou país de pobres?** Brasil tem espécie de desrespeito estrutural. VivaBem UOL. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/danta-senra/2021/01/24/pais-pobre-ou-pais-de-pobres-brasil-tem-especie-de-desrespeito-estrutural.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁸ SENRA, Dante. **País pobre ou país de pobres?** Brasil tem espécie de desrespeito estrutural. VivaBem UOL. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/danta-senra/2021/01/24/pais-pobre-ou-pais-de-pobres-brasil-tem-especie-de-desrespeito-estrutural.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

⁹ SENRA, Dante. **País pobre ou país de pobres?** Brasil tem espécie de desrespeito estrutural. VivaBem UOL. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/danta-senra/2021/01/24/pais-pobre-ou-pais-de-pobres-brasil-tem-especie-de-desrespeito-estrutural.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

¹⁰ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens**. Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição: Ridendo Castigat Mores, 2001. Edição eletrônica. Disponível em: <<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/jean-jackes-russeal-a-origem-da-desigualdade.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

Além da má distribuição de renda e da concentração de riqueza, também compõem a desigualdade social no Brasil a falta de acesso à educação de qualidade, os baixos salários, a política fiscal injusta e a dificuldade de acesso aos serviços básicos, como saúde, transporte público e saneamento básico.

Portanto, fica evidente que apesar do Brasil não ser um país pobre, essas relações são atribuída à natureza concentradora da distribuição de renda mundial. Nestes termos, a pobreza no Brasil pode estar associada ao fato de os países do mundo permanecerem relativamente pobres, significando que estar entre os mais ricos não impede a existência de uma escassez de recursos, ou, de modo alternativo, ao fato de o Brasil apresentar um elevado grau de desigualdade na distribuição dos recursos.

O problema das desigualdades e privação de direitos atinge os diversos aspectos da vida social reproduzida no âmbito do capitalismo, constituindo-se em campo de discussão permanente, visto que acompanha a trajetória histórica do modo de vida sob o capital.

Na sociedade capitalista, as desigualdades assumem acordes a partir do viés histórico e contextual, dependendo de questões políticas e sociais produzidas, mas sempre estão presentes no modo de produção e reprodução social, configurando as expressões da questão social, variando em intensidade, grau e escala em cada país. “A fome, a miséria, o desemprego, a violência e as más condições de habitação, saúde, educação e inserção social são aspectos que configuram a problemática das desigualdades”¹¹ e privação de direitos na sociabilidade capitalista, suscitando crises estruturais, social, política, econômica e humanitária sem precedentes.

2. PRIVAÇÃO DE DIREITOS NA SOCIABILIDADE CAPITALISTA

Desigualdades, privação de direitos e questão social, decorrentes do capitalismo, são fenômenos relacionados, desencadeados em várias dimensões da sociedade. A estratégia de redução da pobreza e desigualdade solicita o crescimento da renda per capita ou a distribuição igualitária da renda, juntamente com políticas que estimulem o crescimento econômico.

A partir da década de 1980¹², estatísticas comprovam o aumento das desigualdades no mundo, mesmo em contextos nos quais as condições de pobreza foram minimizadas pela

¹¹ BARROS, Ricardo de Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Scielo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/rbcsoc/a/WMrPqbymgm4VjGwZcJjvFkx/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

¹² CHAVES, Helena Lúcia Augusto; ARCOVERDE, Ana Cristina Brito. Desigualdades e privação de direitos na sociabilidade capitalista e suas expressões no Brasil: Desigualdades, privação de direitos e questão social na sociabilidade capitalista. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/jK8Jvp8DJFPsS6FHGcBXSnt/>>. Acesso em: 27 out. 2022.

abrangência das políticas sociais implementadas. A configuração desse fenômeno vai se modificando historicamente em desigualdades econômicas, políticas, sociais e culturais que chegam na sociedade contemporânea, mediadas por disparidades nas relações de gênero, características étnico-raciais, opções de credo e formações regionais, entre outras.

Quanto mais desigualdades existir, mais privados de direitos estarão as populações, se tornando mais visível os contextos históricos, como a colonização, escravidão, opressão, preconceito, conflitos étnico-raciais, discriminação e violência contra mulheres e indígenas, racismo, expropriações e políticas sociais excludentes, entre outras consequências. E essa privação de direitos fica explícita nas questões sociais quando se subtraem da democracia, sobretudo das mais frágeis.

A privação de direitos na contemporaneidade pode ser considerada, conforme Boschetti¹³, modalidades atualizadas e violentas de expropriação para atender à necessidade de superlucros e superacumulação da dinâmica capitalista.

Assim, menciona Chaves e Arcoverde:

Em tese, ser ou estar privado de direitos resulta da inexistência da construção burguesa dos direitos e de bens a distribuir, como em determinados períodos pretéritos, privando o sujeito protagonista do acesso e usufruto dos meios de atendimento das necessidades materiais e imateriais humanas, mas, sobretudo nas sociedades da abundância, tal expropriação resulta de decisão política deliberada de restringir, coibir, cortar e eliminar com violência ou pela via legal os direitos então conquistados por meio de lutas sociais, para gerar as bases sociais que asseguram a acumulação.

Assim, a privação de direitos pelo Estado social pode ser entendida também não apenas como fator econômico. A autora Fontes¹⁴ afirma que seria a: “imposição mais ou menos violenta de uma lógica da vida social pautada na supressão de meios de existência ao lado da mercantilização crescente dos elementos necessários à vida (...)”. Dessa forma, a supressão de direitos, constitui renúncias a responsabilidade dos poderes públicos para com os cidadãos em favor apenas do sistema financeiro.

No Brasil se tem uma extrema concentração de renda e riqueza, mas os números de pessoas que vivem em situação de pobreza e extrema pobreza só aumenta e isso se torna consequência de um sistema econômico que gera um volume de riqueza muito alto. Ou seja,

¹³ BOSCHETTI, Ivanete. **Supressão de direitos no capitalismo: uma forma contemporânea de expropriação?** Expropriação e direitos no capitalismo. São Paulo: Cortez, 2018.

¹⁴ FONTES, Virgínia. **A transformação dos meios de existência em capital:** expropriações, mercado e propriedade. In: BOSCHETTI, Ivanete (org.). Expropriação e direitos no capitalismo. São Paulo: Cortez, 2018. p. 17-61.

apensar de ser um país com uma das maiores economias do mundo, também está entre os mais desiguais do mundo, principalmente por conta do desemprego.¹⁵

Dessa forma, destaca o diretor técnico do Dieese, Clemente Ganz Lúcio:

Para que nós tivéssemos uma situação revertida, de um lado a economia devia estar claramente orientada para um crescimento econômico com geração de emprego e crescimento dos salários, o incremento da produtividade, uma estrutura tributária progressiva onde quem ganha mais paga mais impostos. No Brasil é o contrário, os mais pobres pagam proporcionalmente mais impostos que os mais ricos.¹⁶

A desigualdade de renda potencializa outras desigualdades que vai se configurando na impossibilidade de acessar bens e serviços. Nas sociedades capitalistas, as desigualdades econômicas, políticas, sociais e culturais apresentam um viés de classe social, mediado pelas relações de gênero, étnico-raciais e de crença religiosa, que também se caracterizam como desigualdades, configurando-se em situações diversas de pobreza, miséria, exploração, opressão, preconceito, discriminação, injustiça, exclusão, indiferença e abandono.

O Brasil possui um longo histórico de desigualdade na distribuição de renda. Na época escravocrata até 1950, a concentração da posse da terra representava a base do poder econômico, refletindo-se na estrutura de poder político concentrado, autoritário e patrimonialista¹⁷. Dessa forma, apenas a partir de 1960 que os estudos sobre a má distribuição de renda no Brasil começaram ser fundamentados e fornecidos pelo IBGE, que possibilitaram a mensuração da desigualdade na distribuição da renda.¹⁸

Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), “em 2011 o Brasil atingiu seu menor nível de desigualdade de renda desde o início dos registros nacionais em 1960”.¹⁹ Ademais, o Brasil se encaminha em um sentido contrário a diminuição das desigualdades, principalmente em razão às altas taxas de trabalho subutilizado e desemprego, ao crescimento da informalidade e à diminuição das famílias atendidas pelo Programa Bolsa Família.

Sobre o fenômeno das desigualdades produzido na relação entre capital e trabalho e à exploração do primeiro sobre o segundo, é a base da questão social e dos estados de privação,

¹⁵ **Brasil é o sétimo país com mais desigualdade no mundo, segundo a ONU.** RBA Rede Brasil Atual. 10 de dezembro de 2019. Disponível em: < <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/brasil-7-pais-desigualdade/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

¹⁶ **Brasil é o sétimo país com mais desigualdade no mundo, segundo a ONU.** RBA Rede Brasil Atual. 10 de dezembro de 2019. Disponível em: < <https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/brasil-7-pais-desigualdade/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

¹⁷ CASTRO, Jorge Abrahão. **Evolução e desigualdade na educação brasileira.** Educ. Soc, Campinas v. 30, n. 108, p. 673-697, out. 2009.

¹⁸ BONELLI, Regis; RAMOS, Lauro Roberto Albrecht. Distribuição de renda no Brasil: avaliação nas tendências de longo prazo e mudanças na desigualdade desde meados dos anos 70. **Revista de Economia Política**, v. 13, n. 2, abr./jun. 1993.

¹⁹ IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). **A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda.** *Comunicados do IPEA*, n. 155, 2012.

levando em conta a posição de Jean-Jacques Rousseau, segundo a qual a propriedade privada, o trabalho explorado e as convenções estabelecidas produzem tais desigualdades.

Assim, conforme Chaves e Arcoverde, podem ser observadas duas posições conflitivas apontadas por Thomas Piketty²⁰:

A primeira agrupa liberais de direita que defendem as forças de mercado, a iniciativa individual e o aumento da produtividade como possibilidades reais de melhorar rendimentos e condições de vida dos mais desfavorecidos, devendo a ação política ser limitada a instrumentos que interfiram pouco nesse mecanismo virtuoso. A outra reúne os teóricos de esquerda que defendem as lutas sociais e políticas para combater a miséria dos mais desfavorecidos produzida pelo sistema capitalista, devendo a ação pública de redistribuição interferir intensamente no processo de produção para mudar a forma como as forças de mercado determinam os lucros apropriados pelos detentores de capitais e as desigualdades entre assalariados.

Dessa forma, se destaca Piketty:

Esse conflito direita/esquerda mostra, em primeiro lugar, que as discordâncias quanto à forma concreta e à adequação de uma ação pública de redistribuição não se devem necessariamente a princípios antagônicos de justiça social, mas sobretudo a análises antagônicas dos mecanismos econômicos e sociais que produzem a desigualdade. Com efeito, há certo consenso a respeito de diversos princípios básicos de justiça social. Por exemplo, se a desigualdade se deve, ao menos em parte, a fatores fora do controle dos indivíduos, como a desigualdade das dotações iniciais transmitidas pela família ou pela sorte — sobre as quais os indivíduos envolvidos não podem ser considerados responsáveis —, então é justo o Estado buscar melhorar, da maneira mais eficaz possível, a vida das pessoas mais pobres, isto é, daquelas que precisaram enfrentar os fatores não controláveis mais adversos. As teorias modernas de justiça social exprimiram essa ideia sob a forma do princípio “maximin”, segundo o qual a sociedade justa deve maximizar oportunidades e condições mínimas de vida oferecidas pelo sistema social.

Portanto, independente dos princípios da justiça social ou do alargamento dos direitos a todos, necessário se faz melhorar as condições de vida dos mais desfavorecidos, realizando melhor, mais justa e igualitária a redistribuição e eliminar sua causa, examinando os mecanismos socioeconômicos que produzem as desigualdades em cada sociedade frente a mecanismos de redistribuição.

Quanto ao fenômeno da questão social tem seu substrato nas desigualdades apresentando como eixo central a exploração/subordinação do trabalho pelo capital.

Assim, destacam-se as afirmações de Chaves e Arcoverde:

As sociabilidades capitalistas, guardando suas particularidades, produzem desigualdades e com elas a questão social que se nos mostra latente ou manifesta. Por meio de suas expressões, essas sociabilidades constroem concepções e desenvolvem suas ações políticas às quais correspondem as estratégias e os instrumentos de redistribuição, ora deixando o mercado agir livremente e limitar a redistribuição por meio de impostos, transferências fiscais e políticas residuais, ora defendendo a universalidade e tentando

²⁰ PIKETTY, Thomas. **A economia das desigualdades**. Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Conjuntura Actual, 2014.

modificar estruturalmente a forma como as forças de mercado vêm agindo e produzindo as desigualdades que são substrato da questão social.²¹

A privação de direitos é histórica e pode ser considerada uma forma contemporânea de expropriação por meio legal, ou seja: acompanha as expropriações. O retrocesso em direito já estabelecido deixa transparecer as novas exigências da lei geral de acumulação na ordem do capital mediada pelo Estado em favor dos interesses do mercado em âmbitos local, nacional e global, com prejuízo irreversível e exclusivamente, para o trabalho humano, que é o único criador de riqueza. Portanto, os fenômenos desigualdade, questão social e privação de direitos estão inter-relacionados ao processo de produção e reprodução da ordem do capital e apresentam múltiplas implicações.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Evidente que o Brasil atualmente é um país extremamente injusto e desigual, onde tais fatores são inegáveis no capitalismo para a acumulação de capital, estruturada na propriedade privada e na concentração da riqueza produzida pela classe trabalhadora, ficando a maioria da população sem condições dignas de sobrevivência.

O Estado é fundamental na composição do capitalismo, pois é competente para a realização das políticas sociais para manter as condições dignas de trabalhos, ou seja, “alimentação adequada, habitação, transporte público, educação, saúde e outros setores da política social, que se destinam a garantir direitos sociais e de cidadania”.²²

O Brasil é objeto de reflexão por ser um dos países mais desiguais do mundo e a gestão ultraconservadora que configura na atualidade o Poder Executivo no Brasil e em algumas nações do mundo evidencia mais as condições provocadas pelo intenso processo de desigualdades e pelo ostensivo ataque aos direitos sociais assegurados na Carta Magna.

Nesse contexto, destina-se à humanidade a condição da miséria, da fome, da privação de direitos em todos os seus aspectos e dimensões, agravados pela pandemia de covid-19, que, além de crise sanitária mundial, revela-se como uma crise humanitária.

A desigualdade encontra-se na origem da pobreza e combatê-la torna-se um imperativo. Imperativo de um projeto de sociedade que deve enfrentar o desafio de combinar democracia

²¹ CHAVES, Helena Lúcia Augusto; ARCOVERDE, Ana Cristina Brito. Desigualdades e privação de direitos na sociabilidade capitalista e suas expressões no Brasil: Desigualdades, privação de direitos e questão social na sociabilidade capitalista. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/jK8Jvp8DJFPsS6FHGcBXSnt/>>. Acesso em: 27 out. 2022.

²² BARROS, Ricardo de Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Scielo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/WMrPqbymgm4VjGwZcJjvFkx/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

com eficiência econômica e justiça social, criando estratégia de crescimento orientada com a produção de igualdade de forma incisiva no processo de concentração de renda. Ademais, se destaca uma reforma tributária que faça uma tributação sobre a riqueza, para que o Estado tenha condições de financiar atividades produtivas que gerem empregos de qualidade e estructure políticas públicas universais.

É necessário reduzir a desigualdade por motivos morais, implantando políticas eficazes para erradicar a pobreza e definir uma estratégia que confira prioridade à redução da desigualdade, como o Bolsa Família, aumento do salário mínimo acima da inflação, enfim medidas que se modificam a cada conjuntura, de acordo com as exigências do ideário neoliberal, a que o mundo está submetido.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ricardo de Paes; HENRIQUES, Ricardo; MENDONÇA, Rosane. Desigualdade e pobreza no Brasil: retrato de uma estabilidade inaceitável. Scielo. **Revista Brasileira de Ciências Sociais.** Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/WMrPqbymgm4VjGwZcJjvFkx/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BONELLI, Regis; RAMOS, Lauro Roberto Albrecht. Distribuição de renda no Brasil: avaliação nas tendências de longo prazo e mudanças na desigualdade desde meados dos anos 70. **Revista de Economia Política**, v. 13, n. 2, abr./jun. 1993.

BOSCHETTI, Ivanete. **Supressão de direitos no capitalismo: uma forma contemporânea de expropriação?** *Expropriação e direitos no capitalismo* São Paulo: Cortez, 2018.

Brasil é o sétimo país com mais desigualdade no mundo, segundo a ONU. RBA Rede Brasil Atual. 10 de dezembro de 2019. Disponível em: <<https://www.redebrasilatual.com.br/cidadania/brasil-7-pais-desigualdade/>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

BRASIL. **LEI Nº 14.284, DE 29 DE DEZEMBRO DE 2021.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2021/lei/l14284.htm>. Acesso em: 27 nov. 2022.

CASTRO, Jorge Abrahão. **Evolução e desigualdade na educação brasileira.** Educ. Soc, Campinas v. 30, n. 108, p. 673-697, out. 2009.

CHAVES, Helena Lúcia Augusto; ARCOVERDE, Ana Cristina Brito. Desigualdades e privação de direitos na sociabilidade capitalista e suas expressões no Brasil: Desigualdades,

privação de direitos e questão social na sociabilidade capitalista. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/sssoc/a/jK8Jvp8DJFPsS6FHGcBXSt/>>. Acesso em: 27 out. 2022.

DOWBOR, Ladislau. **A era do Capital Improdutivo: a Nova Arquitetura do Poder, sob Dominação Financeira, Sequestro da Democracia e Destruição do Planeta.** Autonomia Literária; 2ª edição, 1 janeiro 2018.

FONTES, Virgínia. **A transformação dos meios de existência em capital: expropriações, mercado e propriedade.** In: BOSCHETTI, Ivanete (org.). Expropriação e direitos no capitalismo. São Paulo: Cortez, 2018. p. 17-61.

IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada). **A década inclusiva (2001-2011): desigualdade, pobreza e políticas de renda.** *Comunicados do IPEA*, n. 155, 2012.

LEÃO, Laudeney Fábio Barbosa. A economia da pobreza e as desigualdades: como julgamentos e vieses podem aprofundar a distância entre ricos e pobres. **Revista Contexto Geográfico** – Universidade Federal de Alagoas – Instituto de Geografia, Desenvolvimento e Meio Ambiente. Disponível em: <<https://www.seer.ufal.br/index.php/contextogeografico/article/view/13337>>. Acesso em: 26 out. 2022.

PIKETTY, Thomas. **A economia das desigualdades.** Tradução: Pedro Elói Duarte. Coimbra: Conjuntura Actual, 2014.

PNUD BRASIL. **PNUD apresenta Relatório de Desenvolvimento Humano 2019 com dados de 189 países.** United Nations Development Programme. 9 de December de 2019. Disponível em: <<https://www.undp.org/pt/brazil/news/pnud-apresenta-relat%C3%B3rio-de-desenvolvimento-humano-2019-com-dados-de-189-pa%C3%ADses>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre homens.** Tradução: Maria Lacerda de Moura. Edição: Ridendo Castigat Mores, 2001. Edição eletrônica. Disponível em: <<https://professordiegodelpasso.files.wordpress.com/2016/05/jean-jackes-russeal-a-origem-da-desigualdade.pdf>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang; ROCHA, Thiago Santos. **Considerações sobre o direito fundamental à "renda básica familiar" (parte 2).** Consultório Jurídico. 24 de junho de 2022. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2022-jun-24/consideracoes-direito-renda-basica-familiar-ii>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

SENRA, Dante. **País pobre ou país de pobres?** Brasil tem espécie de desrespeito estrutural. VivaBem UOL. 24 de janeiro de 2021. Disponível em: <<https://www.uol.com.br/vivabem/colunas/danta-senrra/2021/01/24/pais-pobre-ou-pais-de-pobres-brasil-tem-especie-de-desrespeito-estrutural.htm>>. Acesso em: 27 nov. 2022.

STIGLITZ, Joseph. O Preço da Desigualdade. Bertrand; 1ª edição. Janeiro 2013.

STIGLITZ, Joseph. Povo, poder e lucro: Capitalismo progressista para uma era de descontentamento. Record, 3ª edição. 23 novembro 2020.

VIDAL, Marc. **La era de la humanidad**: Hacia la quinta revolución industrial. EDICIONES DEUSTO, 2019.

A MODA SUSTENTÁVEL X FAST FASHION: DANOS AMBIENTAIS, SOCIAIS E TRABALHO ANÁLOGO À DE ESCRAVO

SUSTAINABLE FASHION X FAST FASHION: ENVIRONMENTAL, SOCIAL DAMAGE AND SLAVE LABOR

Vitória Piucco¹

Roberta de Oliveira Sutel²

Liton Lanes Pilau Sobrinho³

RESUMO

Diante a pandemia da Covid-19, o mundo se deparou com uma intensa evolução das vendas, principalmente pela onda de compras online. O setor da moda foi impulsionado e o Fast Fashion se popularizou na internet, entretanto trouxe diversas anomalias no âmbito social e ecológico, como o consumo desenfreado, o trabalho análogo à de escravo e a degradação ao meio ambiente. O Fast Fashion é um modelo em que os produtos são produzidos, consumidos e descartados em um curto período de tempo e isso se dá pela qualidade inferior das roupas e/ou pelas mudanças constantes da moda. Em contraposição ao Fast Fashion, surgiu o Slow Fashion como uma alternativa socioambiental sustentável no mundo da moda. Para o desenvolvimento do presente artigo, foi utilizado o método dedutivo, numa perspectiva analítica e crítica, utilizando-se da técnica documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiental; Fast Fashion; Slow Fasion; Trabalho análogo a de escravo.

ABSTRACT

In the face of the Covid-19 pandemic, the world is faced with an intense evolution in sales, mainly through online purchases. The fashion sector was boosted and Fast Fashion became popular on the internet, at the same time that it caused several anomalies in the social and ecological sphere, such as unbridled consumption, or work analogous to slavery and the high

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: viippiucco@gmail.com.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Antonio Meneghetti. Advogada. E-mail: robertasutel@hotmail.com

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. E-mail: liton@upf.br

rate of waste generated, degrading the environment. environment. Fast Fashion is a model in which products are produced, consumed and discarded in a short period of time and this is due to the lower quality of the clothes and/or the constant changes in fashion. Unlike Fast Fashion, Slow Fashion emerged as a sustainable socio-environmental alternative in the fashion world. For the development of this article, the deductive method was used, an analytical and critical perspective, using documentary and bibliographic techniques.

KEYWORDS: Environmental; Fast Fashion; Labor analogous to slavery; Slow Phase.

INTRODUÇÃO

A pandemia da Covid-19⁴ foi responsável por ditar novos padrões sociais e com a implementação das medidas de isolamento social, foi necessário fechar e suspender diversos tipos de atividades econômicas. Entretanto, tal fator não impediu a elevada quantidade de compras online, conduzindo a sociedade imoderadamente ao consumo.

É notório o poder das redes sociais e sua influência para a moda, pois a mesma está presente no cotidiano como um fenômeno social no qual através do vestuário acompanham-se os contextos históricos, políticos, sociais e sociológicos de cada época. Por meio das vestimentas se busca aceitação e participação na sociedade, refletindo costumes e formas de pensar de determinados grupos de indivíduos.

Diante disso, no primeiro capítulo será abordado o movimento fast fashion que com o avanço tecnológico a produção de roupas é intensificada, tendo como objetivo a alta capacidade de produção, aliado com o baixo custo e gerando maiores lucros. Assim, o fast fashion impõe um ritmo de superação programada que ocasiona no descarte precoce de produtos ainda em ótima condição.

No segundo capítulo, será abordado sobre os ambientes de produções de roupas e a mão de obra análoga à escrava, destacando a transparência em relação a cadeia produtiva e a violação de direitos autorais que constantemente são violados.

No terceiro capítulo será tratado sobre os impactos ambientais através do fast fashion, onde esse desenvolvimento acelera o consumo e degrada o planeta com a quantidade de matéria prima não renovável, pois seu processo de produção exige muitos recursos naturais e uma grande quantidade de produtos tóxicos.

⁴ O Ministério da Saúde define o Coronavírus ou Covid-19 como uma família de vírus que causam infecções respiratórias. O novo agente foi descoberto no ano de 2019 após casos registrados na China. O vírus provoca a doença chamada COVID-19. Como nunca tivemos contato com o vírus antes, não temos imunidade, causando assim uma infecção pulmonar. Nos casos mais leves, parece um resfriado comum ou uma gripe leve. Ministério da saúde. **O que é covid-19.** Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

Para finalizar, o último capítulo irá tratar sobre o movimento Slow Fashion. O Slow Fashion surgiu para repensar a conduta da sociedade ecologicamente, promovendo consciência socioambiental, aumentando o ciclo de vida dos vestuários produzido com tecidos menos agressivos ao meio ambiente.

1. O MOVIMENTO FAST FASHION

O atual sistema de produção de roupas e como consequência o consumo desenfreado, impactos ambientais e mão de obra barata submetendo trabalhadores a situações precárias, vêm afetando o ecossistema e a vida futura do planeta. Em meio a essa discussão emerge os efeitos causados pelo modelo de produção e consumo acelerado, conhecido como *fast fashion*.

Inserido na cadeia de produção do vestuário, e aliado à cultura do consumo excessivo, tal modelo é adotado por diversas marcas e visa tão somente a lucratividade. O Fast Fashion é um modelo em que os produtos são produzidos, consumidos e descartados em um curto período de tempo, ou seja, as roupas são fabricadas, consumidas e descartadas constantemente, em um processo extremamente rápido. Isso se dá pela qualidade inferior das roupas e/ou pelas mudanças constantes da moda.

Para a Professora Francisca Dantas Mendes⁵:

O sistema Fast Fashion tem assídua colaboração no encurtamento do ciclo de vida do produto, na obsolescência programada que propositalmente torna o material obsoleto ou não funcional em pouco tempo, além da sensação de que os produtos que acabaram de ser lançados são mais atualizados que os adquiridos anteriormente.

E ainda, segundo Moro:

No sistema fast fashion, para seguir com este modelo de negócio, as empresas se concentram no seu core business, que corresponde ao marketing, gestão de marcas, comercialização, design e pesquisas, repassando a terceiros a produção das peças de vestuário, onde é predominante a subcontratação. Com essas ramificações, as empresas buscam o aumento de seu lucro, desvinculando-se dos encargos da mão de obra.⁶

⁵ FRANCISCA DANTAS MENDES É PROFESSORA DO CURSO DE TÊXTIL E MODA NA ESCOLA DE ARTES, CIÊNCIAS E HUMANIDADES DA USP E COORDENADORA DO NÚCLEO DE APOIO À PESQUISA SUSTENTABILIDADE NA CADEIA TÊXTIL (NAP SUSTEXMODA). ZANFER, GUSTAVO. O MODELO FAST FASHION DE PRODUÇÃO DE VESTUÁRIO CAUSA DANOS AMBIENTAIS E TRABALHO ESCRAVO. JORNAL DA USP. 24 MAIO DE 2021. DISPONÍVEL EM: <[HTTPS://JORNAL.USP.BR/ATUALIDADES/O-MODELO-FAST-FASHION-DE-PRODUCAO-DE-VESTUARIO-CAUSA-DANOS-AMBIENTAIS-E-TRABALHO-ESCRAVO/](https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-danos-ambientais-e-trabalho-escravo/)>. ACESSO EM: 20 JUN. DE 2022.

⁶ MORO, Rita de Cássia Lopes. **Responsabilidade social na cadeia de fornecedores do varejo de vestuário de moda: estudo de múltiplos casos**. 2016. 165 f. Dissertação (Mestrado em Têxtil e Moda) – Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

Diversas empresas fazem parte desse mercado, como por exemplo, a Shein⁷. A mesma envia seus produtos para mais de 220 países no mundo e trabalha com valores muito abaixo da média da concorrência. Dessa maneira, ela se propagou nos últimos anos com forte presença nas mídias sociais e apelo para as tendências das novas gerações.⁸

Esse desenvolvimento de produção rápido acelera o consumo deixando grandes marcas no meio ambiente, como a degradação do planeta e o consumo de grande quantidade de matéria prima não renovável. A Environmental Protection Agency⁹ destacou que a indústria têxtil está entre os quatro tipos de indústrias que mais utilizam recursos naturais e que mais poluem. Além de fomentar a desigualdade sociocultural, pois utiliza empregos informais para manter o baixo custo da produção.¹⁰

Apesar dos benefícios em razão do custo acessível e por atender diversos grupos de pessoas, necessário se faz olhar para todo o sistema, destacando os problemas sociais e ambientais causados pelo modelo Fast Fashion.

2. O TRABALHO ANÁLOGO A DE ESCRAVO

Como consequência desse modelo de produção extremamente rápido, há a necessidade de reduzir os custos em cada etapa de fabricação das roupas e assim a mão de obra costuma ser um dos itens eleitos para a redução. Dessa forma, pouco se sabe ou muito se ignora sobre o verdadeiro aspecto por trás das roupas baratas, ou seja, elas possuem um custo muito alto por trás de suas produções.

As estratégias das empresas na difusão da terceirização dos contratos de trabalho no âmbito brasileiro têm passado muitas vezes pela intensificação do uso da mão de obra como forma de obtenção forçada de ganhos adicionais de produtividade.

Assim, afirma Pochmann:

No caso brasileiro, por exemplo, assiste-se ao aprofundamento do padrão de uso da força de trabalho com alta rotatividade, contida remuneração e longa jornada de trabalho. Em síntese, a polarização da mão-de-obra entre uma menor parcela de trabalhadores

⁷ Conforme se destaca no próprio site da Shein, a empresa seria “uma varejista eletrônica global de moda e estilo de vida comprometida em tornar a beleza da moda acessível a todos”. **SHEIN**. Disponível em: < <https://br.shein.com/About-Us-a-117.html#:~:text=A%20SHEIN%20%C3%A9%20uma%20varejista,da%20moda%20acess%C3%ADvel%20a%20todos.>>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

⁸ DA SILVA, Sofia Kercher. **A Shein e a tendência ao fast fashion**. Agência Universitária de Notícias. 13 jan. de 2022. Disponível em: <<https://aun.webhostusp.sti.usp.br/index.php/2022/01/13/a-shein-e-a-tendencia-ao-fast-fashion/>>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

⁹ EPA. **United States Environmental Protection Agency**. Disponível em: <<https://www.epa.gov/>>. Consultado em: 28 de jul. 2022.

¹⁰ eCycle. **Descubra o que é moda sustentável**. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/moda-sustentavel/>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

qualificados e uma maior parte de ocupados semi-qualificada, com alta rotatividade no trabalho, autoritarismo nas relações de trabalho, sem organização por local de trabalho e contratação coletiva¹¹.

Em face das péssimas condições de trabalho oferecidas, destaca-se os imigrantes em situações irregulares no Brasil, onde são utilizados para trabalhar nas indústrias de moda, já que com sua condição de irregularidade, sentem-se desabrigados pelo Estado, submetendo-se a esse tipo de exploração.

Dessa forma, dentre as principais violações a direitos humanos gerados pela indústria fast fashion, estão a exploração da mão de obra em condições análogas à da escravidão, exigência de jornadas exaustivas, baixo valor da remuneração, uso da mão de obra infantil, falta de higiene e segurança nos locais de trabalho.

Em um ponto social, destaca a Professora Francisca Dantas Mendes:

Como não há garantia de volume de produção de roupas, as empresas prestadoras desse tipo de serviço mantêm um número reduzido de funcionários contratados e, quando a demanda pela produção aumenta, ocorre a quarterização e até a quinterização do serviço, sendo que nestes dois últimos casos o processo ocorre de forma informal e com preços ainda mais reduzidos.¹²

Nos ambientes de produções de roupas, a mão de obra análoga à escrava¹³ prolifera, onde em muitos sites não são disponibilizados detalhes sobre os locais, condições de manufatura, matéria prima e principalmente sobre a mão de obra empregada, possuindo um total de zero transparência.¹⁴

Para evita as fiscalizações e burocracias em relação aos direitos dos trabalhadores as empresas buscam países em subdesenvolvimento com legislações trabalhistas flexíveis e mão de obra barata e terceirizam suas produções, com o objetivo de encontrar uma forma de evitar a responsabilidade com a cadeia de produção e atingir o lucro almejado.¹⁵

¹¹ POCHMANN, Marcio. **A transnacionalização da terceirização da contratação do trabalho**. Disponível em: <Os encargos sociais no Brasil: algumas considerações (cnts.org.br)>. Acesso em: 26 nov. 2022.

¹² ZANFER, Gustavo. O modelo Fast Fashion de produção de vestuário causa danos ambientais e trabalho escravo. Jornal da USP. 24 maio de 2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-danos-ambientais-e-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

¹³ A OIT define na Convenção nº 29, que trabalho forçado é "todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual ela não se tenha oferecido espontaneamente." ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. C029 - Trabalho Forçado ou Obrigatório. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

¹⁴ WALDERSEE, Victoria. **Chinese retailer Shein lacks disclosures, made false statements about factories**. REUTERS, 06 ago. de 2021. Disponível em: <<https://www.reuters.com/business/retail-consumer/exclusive-chinese-retailer-shein-lacks-disclosures-made-false-statements-about-2021-08-06/>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

¹⁵ TANJI, Thiago. **Escravos da moda: os bastidores nada bonitos da indústria fashion**. Revista Galileu. 2016. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/06/escravos-da-moda-os-bastidores-nada-bonitos-da-industria-fashion.html>> . Acesso em: 23 jun. de 2022.

Afirma o autor Ingo Wolfgang Sarlet:

A qualidade intrínseca da pessoa humana é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado, de tal sorte que não se pode cogitar na possibilidade de tal pessoa ser titular de uma pretensão que lhe seja concedida a dignidade [...] qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo ser criada, concedida ou retirada, já que existe em cada ser humana como algo que lhe é inerente.¹⁶

O Trabalho análogo a escravo é uma das mais graves violações aos direitos humanos e direitos fundamentais e pouco se menciona sobre a origem dos produtos comercializados. Grande parte dos itens são feitos por pessoas em trabalho análogo à escravo e, muitas vezes, o consumidor não imagina ou não se importa com o que houve antes de obter a mercadoria final.

A falta de poder de escolha em razão dos altos valores de certas marcas precisa ser levada em consideração, porém se a loja que se compra as roupas utiliza trabalho escravo ou infantil em sua confecção e descartam resíduos químicos nocivos de forma incorreta no meio ambiente, as pessoas estão alimentando essas práticas. Os consumidores têm o poder de apoiar ou punir marcas por suas atitudes sociais e ambientais, e isso se dá na escolha de qual loja comprar.

3. IMPACTOS AMBIENTAIS

Devido à pandemia da Covid-19 e como consequência as mudanças no estilo e hábito de vida das pessoas, a internet passou a fazer parte do marketing das roupas, incentivando o maior consumo sem preocupações com questões mais sensíveis, como a qualidade, vida útil, mão de obra e descarte.

Segundo o The Guardian, a Shein além de ser uma vultosa loja, mantém porcentagem baixa de estoque, em razão da alta demanda de exportações para todos os países.¹⁷ Todavia, para que o preço do vestuário seja menor, a matéria-prima também deve ter o custo reduzido, ou seja, as fibras naturais (algodão) usadas são substituídas pelas fibras químicas, sendo o principal poliéster (derivado do petróleo), um plástico que leva cerca de 200 anos para se degradar.

¹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. Pág. 143.

¹⁷ ASSUNÇÃO, Luxas. *Por que o crescimento vertiginoso da Shein não é uma boa notícia*. FFW, 13 abr. de 2022. Disponível em: <<https://ffw.uol.com.br/noticias/moda/por-que-o-crescimento-vertiginoso-da-shein-nao-e-uma-boja-noticia/>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

Nos termos da Associação Brasileira de Indústria Têxtil (ABIT), a indústria brasileira da moda gera 175 mil toneladas de resíduos têxteis por ano.¹⁸ Na necessidade de acompanhar as tendências da moda, as roupas produzidas se tornam praticamente descartáveis, sendo jogadas no lixo em um período curto de tempo, fator profundamente prejudicial ao meio ambiente em consideração ao descarte exacerbado.

Dados da União Internacional para a Conservação da Natureza “confirmam a existência de micros e nanopartículas de plásticos que chegam aos oceanos e mares”. Cerca de 35% (trinta e cinco por cento) dessas partículas são de roupas com tecidos sintéticos que se soltam na água durante o processo de lavagem das roupas, ocasionando o consumo de significante quantidades desses plásticos pelos animais marinhos e também para a ingestão de plástico na água consumida pelos humanos.

Não bastasse isso, a indústria têxtil consome alta porcentagem de água no mundo, ou seja, seu processo de produção exige muitos recursos naturais e uma grande quantidade de produtos tóxicos que são lançados na natureza.

A Constituição Federal em seu artigo 225¹⁹ prevê o dever do Estado e da população em preservar e proteger o meio ambiente, mantendo-o equilibrado e sadio, além de diversos outros diplomas como o Código das Águas, Código Florestal, Lei de combate aos crimes ambientais, entre outros que garantem o direito previsto.

Além da sustentabilidade, dentro da produção em massa de vestuários, direitos autorais são constantemente violados. No processo criativo, lojas se apropriam de designs desenvolvidos por outras marcas e as revendam por um preço extremamente competitivo. O fast fashion reproduz o que é consumido pelas marcas renomadas e a faz em uma qualidade inferior e sem durabilidade.

O meio ambiente é um direito humano, mas sua degradação não está sendo o suficiente para reprimir a busca do lucro a qualquer custo. Os produtos naturais são finitos e a manutenção dessas indústrias está acarretando uma séria crise global, fruto de toneladas de produtos têxteis e descartes todos os dias.

¹⁸ PUENTE, Beatriz. **Brasil descarta mais de 4 milhões de toneladas de resíduos têxteis por ano**. CNN Brasil. Rio de Janeiro, 03 junho de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/brasil-descarta-mais-de-4-milhoes-de-toneladas-de-residuos-texteis-por-ano/>>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

¹⁹ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

4. MOVIMENTO SLOW FASHION E A SUSTENTABILIDADE

A preocupação com os moldes capitalistas de consumo pelos ambientalistas e pelas instituições governamentais é recente e somente a partir da década de 1990, principalmente por influência da Rio 92, é que o tema do consumo das sociedades e seus impactos à natureza vem sendo suscitado como questão de política ambiental.

No Brasil as estratégias de consumo verde demoraram mais a se espalhar, principalmente pela associação do sustentável ao alto custo, o que impossibilita um crescimento na aquisição desses produtos diferenciados²⁰. Ou seja, embora os consumidores tenham interesse em adquirir produtos “verdes”, uma parcela muito pequena deles está disposta a pagar o preço dessa diferenciação.

Com o objetivo de mudar essa realidade e tentar frear o aumento dos níveis de produção e descarte das peças de roupas gerados por esse modelo atual de produção e consumo é que organismos internacionais como a Organização das Nações Unidas (ONU), Estados, instituições e os próprios indivíduos precisam buscar meios de tornar as práticas de mercado mais sustentáveis. Assim, além da disseminação de um consumo mais consciente, do desestímulo ao consumo exagerado e da preferência por marcas que adotem processos de produção e materiais sustentáveis, é preciso incentivar o desenvolvimento e uso de equipamentos e processos que consumam menos água e energia, e que reduzam a produção de resíduos poluentes, além da utilização de matérias-primas sintéticas recicláveis, fibras naturais orgânicas e fibras naturalmente coloridas, que diminuam a carga de químicos utilizados nos processos e a na maior eficiência em produtos auxiliares e insumos.²¹

Com a necessidade de interpretar esses novos hábitos e adequar à nova realidade, em contrapartida ao movimento Fast Fashion, se tem o Slow Fashion.

O Slow Fashion (moda devagar) promove consciência socioambiental, aumentando o ciclo de vida dos vestuários produzido com tecidos menos agressivos ao meio ambiente. Dessa forma, ao invés das roupas serem posteriormente descartadas, volta para a indústria para ser reaproveitado. Sintetizando, é uma moda sustentável não prejudicial ao meio ambiente.

²⁰ PORTILHO, Maria de Fátima Ferreira. **O discurso internacional sobre consumo sustentável: possibilidades de ambientalização e politização da esfera privada**. Tese de doutorado da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, SP. 2003.

²¹ GUIMARÃES, Barbara Andressa, MARTINS, Suzana Barreto. Proposta de metodologia de prevenção de resíduos e otimização de produção aplicada à indústria de confecção de pequeno e médio porte. PROJÉTICA, LONDRINA, V.1, N.1, Pg.184-200, 2010. N^o INAUGURAL. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/276231448_Proposta_de_metodologia_de_prevencao_de_residuos_e_otimizacao_d_e_producao_aplicada_a_industria_de_confeccao_de_pequeno_e_medio_porte>. Acesso em: 27 nov. 2022.

Segundo o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente:

Consumo sustentável é o fornecimento de serviços e produtos que atendam às necessidades básicas, proporcionando uma melhor qualidade de vida enquanto minimizam o uso dos recursos naturais e materiais tóxicos como também a produção de resíduos e a emissão de poluentes no ciclo de vida do serviço ou do produto, tendo em vista não colocar em risco as necessidades das futuras gerações.²²

A slow fashion surgiu da necessidade de repensar a conduta da sociedade, do ponto de vista ecológico. Desde a etapa de produção de tecidos ao consumo desenfreado e descarte de peças usadas, tem-se extraído proeminente quantidade de recursos naturais não renováveis, poluído e degradado a natureza, sem se preocupar com as consequências.²³

A prática do slow fashion preza pela diversidade, promove consciência socioambiental, contribui para a confiança entre produtores e consumidores, pratica preços reais que incorporam custos sociais e ecológicos, e mantém sua produção entre pequenas e médias escalas e principalmente, preza pela transparência em suas relações de trabalho.

Assim, ensina Fiorillo:²⁴

O princípio do desenvolvimento sustentável tem por conteúdo a manutenção das bases vitais da produção e reprodução do homem de suas atividades, garantindo igualmente uma relação satisfatória entre os homens e destes com o seu ambiente, para que as futuras gerações também tenham oportunidade de desfrutar os mesmos recursos que temos hoje à nossa disposição.

O desenvolvimento sustentável vai de uma geração a outra, os avanços científicos e tecnológicos devem ampliar a capacidade de utilizar, recuperar e conservar esses produtos e não ao contrário. Consumir é uma atividade cotidiana e necessária, mas as pessoas precisam consumir conscientemente e com equilíbrio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar das discussões sobre sustentabilidade que avançam nos últimos anos, o fast fashion encaminha-se totalmente ao contrário.

²² ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. A indústria da moda “Fast Fashion” e seus impactos ambientais: da necessidade de desenvolvimento sustentável como preservação dos direitos humanos fundamentais. Academia Edu. Disponível em: <https://www.academia.edu/40214504/A_IND%C3%9ASTRIA_DA_MODALIDADE_FAST_FASHION_E_SEUS_IMPACTOS_AMBIENTAIS_DA_NECCESSIDADE_DE_DESENVOLVIMENTO_SUSTENT%C3%81VEL_COMO_PRESERVA%C3%87%C3%83O_DOS_DIREITOS_HUMANOS_FUNDAMENTAIS>. Acesso em: 24 jun. de 2022. Pág.

²³ eCycle. Descubra o que é moda sustentável. Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/moda-sustentavel/>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

²⁴ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14 ed. **Revista ampliada e atual em face da Rio+20 e do novo “Código Florestal”**. São Paulo: Saraiva, 2013. Pág. 72.

O meio ambiente, como um patrimônio público a ser protegido por todos, impõe esforços conjuntos visando a sua manutenção e melhoria. Dentro do debate internacional sobre a globalização, a ONU tem defendido que o problema da degradação do meio ambiente é global, o que requer ações globais. A mobilização dos entes globais é essencial para a disseminação da consciência ambiental, mas as soluções encontram diferentes vertentes, discussões e obstáculos em cada parte do globo.

A mudança no sistema de produção fast fashion implica alguns impactos. Um fator importante para a diminuição desse sistema seria a redução de lucros para as grandes empresas, respeitando o custo exato e qualidade das peças. Assim, menos produtos estarão disponíveis no mercado com qualidade melhor, maior ciclo de vida e um preço mais acessível. O retorno também seria viável, pois apesar da venda ser menor, o valor seria um pouco maior, mantendo o retorno financeiro sem exploração e finalmente haveria equilíbrio.

Outro fator importante se dá na abertura de brechós online, comercializando assim, roupas de boa qualidade e por preços acessíveis. Os brechós adquirem a moda circular²⁵, roupas pensadas em longo prazo, em um processo contínuo de reutilização, com o propósito de recuperar e reutilizar as roupas, reduzindo a necessidade de produzir novas peças e não prejudicando a economia de cada um.

É necessário substituir o Fast Fashion pelo Slow Fashion, para que, finalmente, se tenha uma cultura de consumo equilibrado, sustentável e que respeita os Direitos Humanos. Se por uma lado é função do Estado combater as externalidades por meio de políticas públicas e legislações mais eficientes, com imposição de multas, aumento de tributação em razão da atividade apresentar risco ambiental, por outro cabe a conscientização da população.

Quanto aos empregados que submetem os trabalhadores ao trabalho análogo ao de escravo, o Estado precisa ser mais ativo e menos omissor, realizando políticas públicas. Medidas devem ser tomadas para que envolvam soluções voltadas principalmente à diminuição da impunidade dos empregadores condenados pela prática de trabalho escravo e à garantia de emprego nas regiões fornecedoras de mão-de-obra escrava. O trabalho em condições análogas à escravidão viola a dignidade da pessoa humana, pois retira do ser humano sua condição de sujeito de direitos e a sua dignidade.

²⁵ “Na moda circular, não existe um consumidor final. Uma produção que pensa sob a ótica da moda circular e sustentável, preza pelo *design* e pelos materiais utilizados para que as peças durem muito mais do que no sistema Fast Fashion.” GEDEON, Maria. A indústria fast fashion e os seus impactos econômicos e sociais. EMIGÊ, Moda Circular. 01março de 2021. Disponível em: <<https://emige.it/blogs/news/a-industria-fast-fashion-e-os-seus-impactos-economicos-e-sociais>>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

A mudança precisa ser da cada um, não se tem a necessidade de estar à par de todas as tendências do momento para se sentir bem. É fácil estar na moda consumindo produtos por preços baixos às custas de trabalhadores e de problemas climáticos que estão muito longe dos nossos olhos. Ademais, afirma-se a necessidade de legislações que obriguem marcas a serem transparentes e fiscalização constante das condições das fábricas e de funcionários.

REFERÊNCIAS

ANDRÉA, Gianfranco Faggin Mastro; GUNDIM, Wagner Wilson Deiró. **A indústria da moda “Fast Fashion” e seus impactos ambientais:** da necessidade de desenvolvimento sustentável como preservação dos direitos humanos fundamentais. Academia Edu. Disponível em:

<
https://www.academia.edu/40214504/A_IND%C3%A9ASTRIA_DA_MODAL_FAST_FASHION_E_SEUS_IMPACTOS_AMBIENTAIS_DA_NECCESSIDADE_DE_DESENVOLVIMENTO_SUSTENT%C3%81VEL_COMO_PRESERVA%C3%87%C3%83O_DOS_DIREITOS_HUMANOS_FUNDAMENTAIS>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

ASSUNÇÃO, Luxas. *Por que o crescimento vertiginoso da Shein não é uma boa notícia.* FFW, 13 abr. de 2022. Disponível em: <<https://ffw.uol.com.br/noticias/moda/por-que-o-crescimento-vertiginoso-da-shein-nao-e-uma-boia-noticia/>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

BAZHUNI, Fabiana Zibetti. **Sustentabilidade na indústria da moda: a propriedade intelectual como fator competitivo.** Niterói, 2017. 65 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Universidade Federal Fluminense.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

CAMARGO, Lucas Ramos. **Paving the way to ultra-fast fashion: an exploratory research.** São Paulo- 2018. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/handle/10438/25784>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

DANTAS, Bruna. L. L.; ABREU, Nelsio. R. Análise da influência do consumo conspícuo de fast fashion nas construções identitárias no Instagram. **Revista de Administração Mackenzie**, 2020, 21(5), 1–29. Disponível em: <<https://www.scielo.br/j/ram/a/yRg3LsB6tgPvcJRTC7v8jqk/?format=pdf&lang=pt>>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

DA SILVA, Sofia Kercher. **A Shein e a tendência ao fast fashion.** Agência Universitária de Notícias. 13 jan. de 2022. Disponível em:

<<https://aun.webhostusp.sti.usp.br/index.php/2022/01/13/a-shein-e-atendencia-ao-fast-fashion/>>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

eCycle. **Descubra o que é moda sustentável.** Disponível em: <<https://www.ecycle.com.br/moda-sustentavel/>>. Acesso em: 22 jun. de 2022.

EPA. **United States Environmental Protection Agency.** Disponível em: <<https://www.epa.gov/>>. Acesso em: 28 de jul. 2022.

FIGUEREDO, Larissa Gilberta Marques; NÓBREGA, Monica Lucia Cavalcanti de Albuquerque Duarte Mariz Nóbrega. **Trabalho Escravo Contemporâneo e Universo da Indústria da moda:** uma violação aos Direitos Fundamentais da Pessoa Humana. João Pessoa, 2018. Disponível em: < <https://bdtcc.unipe.edu.br/wp-content/uploads/2019/04/tcc-tabalho-escravo-x-moda-Larissa-Gilberta-29-11-pronto-1.pdf>>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

FIORILLO, Celso Antônio Pacheco. Curso de Direito Ambiental Brasileiro. 14 ed. **Revista ampliada e atual em face da Rio+20 e do novo “Código Florestal”**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GEDEON, Maria. **A indústria fast fashion e os seus impactos econômicos e sociais.** EMIGÊ, Moda Cicular. 01março de 2021. Disponível em: <<https://emige.it/blogs/news/a-industria-fast-fashion-e-os-seus-impactos-economicos-e-sociais>>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

Jusbrasil. Zara é autuada por não cumprir acordo para acabar com trabalho escravo. Disponível em: <<https://ambito-juridico.jusbrasil.com.br/noticias/187736466/zara-e-autuada-por-nao-cumprir-acordo-para-acabar-com-trabalho-escravo>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

MATOS, Laura Germano;MATIAS, João Luis Nogueira. Multinacionais fast fashion e direitos humanos: em busca de novos padrões de responsabilização. **Revista de Direito Internacional.** Vol. 15, nº 2, 2018.

MORO, Rita de Cássia Lopes. **Responsabilidade social na cadeia de fornecedores do varejo de vestuário de moda: estudo de múltiplos casos.** 2016. 165 f. Dissertação (Mestrado em Têxtil e Moda) – Escola de Artes, Ciências e Humanidades, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

O que é covid-19. Disponível em: <<https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#o-que-e-covid>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **C029 - Trabalho Forçado ou Obrigatório.** Disponível em: <https://www.ilo.org/brasilia/convencoes/WCMS_235021/lang-pt/index.htm>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

POCHMANN, Marcio. **A transnacionalização da terceirização da contratação do trabalho**. Disponível em: <Os encargos sociais no Brasil: algumas considerações (cnts.org.br)>. Acesso em: 26 nov. 2022.

PORTILHO, Maria de Fátima Ferreira. **O discurso internacional sobre consumo sustentável: possibilidades de ambientalização e politização da esfera privada**. Tese de doutorado da Universidade Estadual de Campinas, Instituto de Filosofia e Ciências Humanas. Campinas, SP. 2003.

PUENTE, Beatriz. **Brasil descarta mais de 4 milhões de toneladas de resíduos têxteis por ano**. CNN Brasil. Rio de Janeiro, 03 junho de 2022. Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/brasil-descarta-mais-de-4-milhoes-de-toneladas-de-residuos-texteis-por-ano/>>. Acesso em: 23 jun. de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SHEIN. Disponível em: <<https://br.shein.com/About-Us-a-117.html#:~:text=A%20SHEIN%20%C3%A9%20uma%20varejista,da%20moda%20acess%C3%ADvel%20a%20todos.>>. Acesso em: 24 jun. de 2022.

TANJI, Thiago. **Escravos da moda: os bastidores nada bonitos da indústria fashion**. Revista Galileu. 2016. Disponível em: <<https://revistagalileu.globo.com/Revista/noticia/2016/06/escravos-da-moda-os-bastidores-nada-bonitos-da-industria-fashion.html>> . Acesso em: 23 jun. de 2022.

TERMO DE AJUSTE DE CONDUTA Nº 21/2017. Disponível em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/faustomacedo/wpcontent/uploads/sites/41/2017/05/MPT-SP_TAC-Zara_21-2017.pdf>. Acesso em: 29 de julho de 2022.

VEBLEN, Thorstein. (1988). **A teoria da classe ociosa: Um estudo econômico das instituições**. São Paulo: Livraria Pioneira.

ZANFER, Gustavo. O modelo Fast Fashion de produção de vestuário causa danos ambientais e trabalho escravo. Jornal da USP. 24 maio de 2021. Disponível em: <<https://jornal.usp.br/atualidades/o-modelo-fast-fashion-de-producao-de-vestuario-causa-danos-ambientais-e-trabalho-escravo/>>. Acesso em: 20 jun. de 2022.

WALDERSEE, Victoria. **Chinese retailer Shein lacks disclosures, made false statements about factories**. REUTERS, 06 ago. de 2021. Disponível em:

<<https://www.reuters.com/business/retail-consumer/exclusive-chinese-retailer-shein-lacks-disclosures-made-false-statements-about-2021-08-06/>>. Acesso em: 20 jun. 2022.

A TECNOLOGIA EM FAVOR DA DEMOCRACIA E DO MEIO AMBIENTE

TECHNOLOGY IN FAVOR OF DEMOCRACY AND THE ENVIRONMENT

Vitória Piucco¹

Victória Gandolfi Medeiros²

Roberta de Oliveira Sutel³

Liton Lanes Pilau Sobrinho⁴

RESUMO

Este artigo visa analisar de que forma a tecnologia pode favorecer o exercício da democracia e do meio ambiente, podendo ser utilizada como ferramenta de minimização da reserva do possível e maximização da efetividade dos direitos fundamentais. Assim, tem como objetivo apresentar informações na promoção da cidadania e participação dos indivíduos, visando o fortalecimento do Estado Democrático de Direito. Para o desenvolvimento do presente artigo, foi utilizado o método dedutivo, numa perspectiva analítica e crítica, utilizando-se da técnica documental e bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Democracia; Meio ambiente; Sociedade da Informação; Tecnologia.

ABSTRACT

This article aims to analyze how technology can favor the exercise of democracy and the environment, and can be used as a tool to minimize the reserve of the possible and maximize the effectiveness of fundamental rights. Thus, it aims to present information on the promotion of citizenship and participation of individuals, aiming at strengthening the Democratic State of Law. For the development of this article, the deductive method was used, in an analytical and critical perspective, using the documentary and bibliographic technique.

KEYWORDS: Democracy; Environment; Information Society; Technology.

¹ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. E-mail: viippiucco@gmail.com.

² Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Meridional IMED. Advogada. E-mail: victoriagandolfimedeiros@roqueadvogados.adv.br.

³ Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Faculdade Antonio Meneghetti. Advogada. E-mail: robertasutel@hotmail.com

⁴ 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. E-mail: liton@upf.br

INTRODUÇÃO

Com as mudanças das sociedades decorrentes da tecnologia, passou-se rapidamente da Era da Tecnologia para a Era Digital, onde as sociedades passaram a ser denominadas conforme os seus instrumentos utilizados.

A tecnologia ocupa um espaço importante e essencial no modelo de sociabilidade que configura todos os setores da sociedade, comércio, política, serviços, entretenimento, informação, relacionamentos. Os resultados são evidentes, onde as transformações mudaram o cenário social na busca pela melhoria, facilitação da vida e das práticas dos indivíduos.

Entretanto, a tecnologia está na base da crise sociambiental, pois as inovações tecnológicas intensificam o ritmo de produção e consumo na sociedade contemporânea, esgotando assim todas as reservas naturais e colocando em perigo a vida do planeta.

O meio ambiente possui proteção conforme determina o artigo 225 da Constituição Federal e constitucionalmente o Estado possui a obrigação de empreender ações concretas voltadas a tutela da natureza, conforme o artigo 3º, inciso II da CF. Entretanto, diante tal cenário, o Estado necessariamente precisa de recursos públicos, o que são, escassos e a reserva do possível é o limite da efetividade dos direitos fundamentais, especialmente os sociais e ambientais.

Dessa forma, no primeiro capítulo serão abordadas as características da tecnologia e a crise ecológica da atualidade, tendo em vista o fator do consumo desenfreado, onde fomenta a destruição do meio ambiente. No segundo capítulo, tratar-se-á da necessidade de concretização do direito fundamental ao meio ambiente sadio e reserva do possível. Por último, será abordada a importância da tecnologia como ferramenta para a democracia, permitindo assim a abertura de novos espaços de debate público e transparência administrativa.

1. A ASCENSÃO DA INTERNET E A CRISE ECOLÓGICA

As transformações sociais estão ligadas as transformações tecnológicas, onde as sociedades se modificam para se manter e desenvolver. Para compreender esse processo se faz necessário estudar as mudanças da própria sociedade, sejam estas no seu modo de agir, pensar, se relacionar e também a evolução dos dispositivos que propuseram e/ou fizeram parte dessas modificações.

As tecnologias digitais possibilitaram uma nova dimensão dos produtos, da transmissão, arquivo e acesso à informação alterando o cenário econômico, político, social e ambiental. O

desenvolvimento de novas tecnologias implantou um mercado cada vez mais competitivo e especializado, resultante da globalização, aceleração e instantaneidade dos processos produtivos e padrões de mercado vigentes.

A Internet revolucionou positivamente a sociedade, facilitando a vida em geral, tornando-se espaço para comunicação, política, economia, democracia, participação cívica, diversão, lazer, contatos pessoais, profissionais, exercício de liberdade de expressão. De acordo com a teoria do Agir Comunicativo de Habermas⁵, a mídia tem a potencialidade de transpor a ação criando redes de comunicação simultâneas com conteúdos de diferentes setores sociais, porém muito além do corpo físico são indispensáveis as ações, interações, troca de idéias e experiências, sendo que o ciberespaço é permeado por práticas sociais e a materialidade das relações humanas codifica-se na linguagem, evidenciando a importância que esta ferramenta dá ao público o poder de interação que dispensa o contato presencial. Além disso, qualquer pessoa passa ter acesso aquilo que procura, havendo uma descentralização do processo de produção e divulgação de informação.

Dessa forma, a velocidade com a qual a tecnologia é atualizada intensifica a competitividade global e fomenta os paradoxos tecnológicos. Essa nova estrutura de tecnologia da informação modificou a forma de interação com as organizações e com outros indivíduos e como se lida com as necessidades e desejos.

Essas novas configurações trazem benefícios e prejuízos, já que facilitam por um lado e por outro demandam da necessidade de um conhecimento maior para acessá-las, além de afastar os indivíduos do contato físico, trazer maiores evidências de diferenças sociais e evidenciar que o poder está cada vez mais nas mãos de poucos.

Nas palavras de Marcuse⁶:

Hoje, a dominação se perpetua e se estende não apenas através da tecnologia, mas como tecnologia, e esta garante a grande legitimação do crescente poder político que absorve todas as esferas da cultura. [...] Nesse universo, a tecnologia também garante a grande racionalização da não-liberdade do homem e demonstra a impossibilidade "técnica" de a criatura ser autônoma, de determinar a sua própria vida. Isso porque essa não-liberdade não parece irracional nem política, mas antes uma submissão ao aparato técnico que amplia as comodidades da vida e aumenta a produtividade do trabalho.

Portanto, dentro do mudo digital, muitas pessoas são privadas, pois seu uso ainda é restrito e nem todos possuem tal mecanismo. Rheingold⁷ afirma que "o ciberespaço é um lugar

⁵ HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública**: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

⁶ MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial**: o homem unidimensional. 6ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982. p.154.

⁷ RHEINGOLD, H. **La comunidad virtual**: una sociedad sin fronteras. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

conceitual, na qual palavras, relações humanas, dados e poder são manifestações para aqueles que usam a tecnologia da comunicação mediada por computador”.

Destaca-se o alto índice de consumo de bens e serviços em decorrência da produção intensiva, onde nos dias atuais o ter se torna muito mais importante que o ser. Os produtos não são fabricados pensando em sua função, valor e tempo de uso e sim calculado pela sua morte, trata-se da “obsolescência programada”, ou seja, os produtos são produzidos, consumidos e descartados em um período de tempo muito curto, visando apenas a maximização do lucro, prejudicando o meio ambiente e a sociedade”.⁸

Veblen⁹, em sua obra *A Teoria da classe ociosa*, demonstrou a sociedade das aparências no século XIX, envolvendo o lazer, onde se consome e exhibe bens para demarcar sua classe na pirâmide hierárquica da sociedade de consumo. Embora não seja a mesma realidade, pode-se traçar um paralelo entre a classe de lazer do século XIX e a geração de influenciadores digitais que surgiram nas redes sociais nos últimos anos.

As pessoas se tornaram facilmente manipuladas, pois os agentes econômicos se utilizam de técnicas de persuasão e manipulam as pessoas através da tecnologia da comunicação e da informação (publicidade de massa), em prol do mercado e do lucro, afetando negativa e decisivamente a liberdade dos indivíduos no que toca à liberdade de escolha na aquisição de bens e serviços. Isto porque, nos dias atuais, as pessoas são inseridas nas sociedades conforme o que consomem, vestem ou calçam, pelos locais que freqüentam e pelos bens materiais que exibem.

Destaca-se Zygmunt Bauman¹⁰:

“Consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que nós humanos compartilhamos com todos os outros organismos vivos”.

Neste caso, nem toda informação é provida de veracidade e de fontes seguras e que nem todos têm acesso a esse meio. É possível afirmar, diante deste quadro teórico, que a valorização da tecnologia deve ser realizada de forma contextualizada, sendo o debate sobre a sociedade digital complexo. Castells afirma que as novas tecnologias da informação não são simplesmente ferramentas a serem aplicadas, mas processos a serem desenvolvidos e este desenvolvimento se dá na sociedade.

⁸ EFING, Antônio Carlos; PAIVA; Leonardo Lindroth de. Consumo e obsolescência programada: sustentabilidade e responsabilidade do fornecedor. **Revista de Direito, Globalização e Responsabilidade nas Relações de Consumo**, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 117-135, jul./dez. 2016, p. 118.

⁹ VEBLEN, Thorstein. (1988). **A teoria da classe ociosa**: Um estudo econômico das instituições. São Paulo: Livraria Pioneira.

¹⁰ MAN, Zygmunt. **Vida para o consumo**: a transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 37.

Em consequência as tragédias socioambientais começam surgir e a crise socioambiental é agravada. Contudo, a tecnologia é construída e desenvolvida pelos seres humanos de acordo com seus interesses, valores e objetivos, de modo que ela não produz somente consequências negativas ao homem e à natureza. A tecnologia também pode promover impactos positivos para os direitos fundamentais e para a democracia.

2. A RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE

A Constituição Federal como norma jurídica é dotada de imperatividade, sendo seus preceitos obrigatórios e vinculativos. Assim, a Magna Carta de 1988 consagrou diversos direitos fundamentais de primeira, segunda e terceira dimensão¹¹, impondo ao Poder Público o dever de adotar medidas efetivas e adequadas para garantir tais direitos.

Dessa forma, destaca-se Sarlet¹² no que diz respeito aos direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana.

Com efeito, sendo correta a premissa de que os direitos fundamentais constituem – ainda que com intensidade variável – explicitações da dignidade da pessoa, por via de consequência e, ao menos em princípio (já que exceções são admissíveis, consoante o já frisado), em cada direito fundamental se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.

Os Direitos fundamentais seguem com o regime democrático devido sua importância social, representando uma conquista frente a sociedade democrática de direito, onde os direitos do cidadão devem ser postos como prioridade com relação aos deveres do Estado, fazendo com que o ente garanta condições favoráveis de vida para o indivíduo sujeito de direitos fundamentais.

Portanto, a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, fonte e base dos direitos fundamentais e humanos, envolvendo dentro de sua dimensão ecológica a qualidade de vida e a higidez do ambiente em que a vida humana e não humana se desenvolve.

¹¹ Segundo Paulo Bonavides, os direitos fundamentais de primeira dimensão são “os direitos da liberdade, os primeiros a constarem do instrumento normativo constitucional, a saber, os direitos civis e políticos (...)” e ainda, segundo Luiz Alberto David ARAUJO: “São as chamadas ‘liberdades públicas negativas’ ou ‘direitos negativos’, pois exigem do Estado um comportamento de abstenção.” Para Bonavides, os direitos fundamentais de segunda dimensão “são os direitos sociais, culturais e econômicos bem como os direitos coletivos ou de coletividade, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social (...)” e por último afirma sobre os de terceira dimensão: “A teoria, com Vask e outros, já identificou cinco direitos da fraternidade, ou seja, da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, o direito à paz, o direito ao meio-ambiente, o direito da propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação.” BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 563 - 569. ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. Curso de direito constitucional. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 116.

¹² SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012, p. 84.

Não se pode negar a fundamentalidade do direito ao meio ambiente sadio, visto que tal direito está ligado diretamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois envolve viver em um ambiente favorável ao bem estar e a saúde, proporcionando uma qualidade de vida adequada a todo e qualquer cidadão.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado encontra-se no artigo 225 da CF¹³, acarretando ao Estado a obrigação de respeitá-lo, protegê-lo de terceiros e satisfazê-lo, cujos casos de violações decorrem, como regra, de omissões do Estado, o que envolve necessariamente o dispêndio de recursos públicos.

Entretanto, para a garantia do referido direito, o efetivo exercício dos direitos fundamentais custa dinheiro, ou seja, gastos de recursos públicos e o Estado dispõem de um limite de recursos a esses direitos, é a chamada reserva do possível.

A expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre infinitas a serem por eles supridas. (...) A reserva do possível significa que, para além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado e em última análise da sociedade, já que é está que o sustenta, é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.¹⁴

Nos preceitos de Ana Paula de Barcellos, existem duas espécies da reserva do possível, a fática e a jurídica. A primeira refere-se à inexistência material e real de recursos, ou seja, indisponibilidade de caixa e a segunda compreende a inexistência de autorização orçamentária para a realização de determinada despesa.

Entretanto, muito se questiona a reserva do possível fática, pois o Estado alega não possuir recursos econômicos em caixa, mas tem como arrecadar mais recursos. Ademais, a própria sociedade é responsável por fornecer tais recursos por meio dos tributos, pois tal fator é pensado como forma de arrecadação de receitas para o custeio das atividades estatais. Ou seja, nunca haverá reserva do possível fática, pois o Estado sempre pode obter novos recursos.

Conforme entendimento de Ricardo Lobo Torres¹⁵:

(...) Ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dinheiro sonante na caixa do Tesouro, ainda que destinado a outras dotações orçamentárias! Como o dinheiro público é inesgotável, pois o Estado sempre pode extrair mais recursos da sociedade, segue-se que há permanente possibilidade fática de garantia de direitos, inclusive na via

¹³ Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹⁴ BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

¹⁵ TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 110.

do sequestro da renda pública! Em outras palavras, faticamente é impossível a tal reserva do possível fática.

A reserva do possível é uma expressão relacionada com a situação econômica do Estado. Entretanto, também pode ser usada como alegação do Estado de insuficiência de recursos como forma de se eximir do cumprimento de suas obrigações no campo dos direitos sociais. Porém, à ausência de disponibilidade financeira não pode ser aceito, visto caber ao Estado a implementação dos direitos sociais os quais estão previstos na Constituição. Apesar de não caber a conclusão no presente trabalho, há quem entenda que o argumento pode ser aceito em determinadas hipóteses, pois não há como negar que os recursos estatais são limitados, pois as demandas dos indivíduos são ilimitadas, devendo ser compatibilizadas com os recursos existentes

Ou seja, o Estado precisa arrecadar Tributos para custear os direitos fundamentais e a publicidade e a transparência permitem o controle judicial e social sobre as opções orçamentárias, sobre o cumprimento da legislação relativa aos gastos públicos e à responsabilidade fiscal. Desse modo, o controle social da Administração Pública é instrumento necessário para a minimização dos efeitos da reserva do possível. Nesse contexto, a tecnologia pode ser utilizada como mecanismo de controle social do Estado, de minimização da reserva do possível e, por consequência, de maximização da efetividade dos direitos fundamentais.

3. A TECNOLOGIA COMO FORTALECIMENTO DA DEMOCRACIA

As novas tecnologias da informação e comunicação podem trazer benefícios e também malefícios aos direitos fundamentais, mas principalmente, oferecem oportunidades para o seu desenvolvimento e concretização, proporcionando aos cidadãos uma maior aproximação do Estado, proporcionando participação popular nas tomadas de decisões da Administração Pública.

Evidente se torna a ampliação dos instrumentos de participação no poder pelo povo, tendo em vista que atualmente a vida cotidiana se faz de forma online, onde a internet modificou as relações e interações entre as pessoas, afetando a democracia, de acordo com o contexto político e social.

Destaca-se Diogo de Figueiredo Moreira Neto¹⁶:

¹⁶ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia: e crise e superação**. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 48.

A politização eletrônica abre uma via direta e muito diversificada, que supera comícios e palanques, para expressar a vontade popular independentemente de canais tradicionais midiáticos e, notadamente, partidários.

Portanto, o uso da tecnologia como fonte de democracia, proporciona a interação e o diálogo entre cidadãos com pontos de vistas diferentes, estimulando a participação informada da população nos debates políticos e na formulação de políticas públicas, onde tal debate político pode ser exercido em tempo real e as manifestações locais podem ser divulgadas ao mundo.

Conforme preceitua Cecilia Pires:¹⁷

A pergunta sobre as regras do jogo em tempos de globalização pode soar estérea, uma vez que estamos jogando sem regras nessa conjuntura em que a escassez superou todas as expectativas e estamos as voltas não mais com a soberania, mas com a indignação e distante das possibilidades de respeito a direitos, ainda que haja esforços consideráveis de setores da sociedade em que se comprometer com os despossuídos.

A internet facilita o acesso à informação e a transparência das ações governamentais, de modo que a tecnologia pode ser usada para empoderar o cidadão, que passa a agir politicamente, ampliando o controle social do Estado porque mais pessoas poderão observar o Poder Público.

Importante destacar Manuel Castells¹⁸:

A habilidade ou inabilidade de uma sociedade dominar a tecnologia ou incorporar-se às transformações das sociedades, fazer uso e decidir seu potencial tecnológico, remodela a sociedade em ritmo acelerado e traça a história e o destino social dessas sociedades, remetendo que essas modificações não ocorrem de forma igual e total em todos os lugares.

Com a participação social nos processos que aderem a tomada de decisão do Poder Público, tem a possibilidade de aproximar a comunidade do Estado e permitir que as escolhas administrativas sejam feitas a partir da análise das necessidades sociais apresentadas pelo povo à Administração Pública.

Através do uso da internet, o controle social da Administração Pública possui acesso a publicidade dos atos estatais, da transparência administrativa e do acesso à informação. Ou seja, as novas tecnologias oferecem acesso de informações públicas de forma mais simples ao cidadão, propiciando transparência e permitindo ao mesmo participar na tomada de decisões pelo Estado. A publicidade e a transparência administrativa são da essência do Estado Social e Democrático de Direito, visto que os atos do Poder Público devem ser do conhecimento geral da população.

¹⁷ PIRES, Cecilia. **Soberania e Democracia. Quais regras no mundo globalizado?** Direito, Democracia e Sustentabilidade: anuário do programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional/Organizadores: André Karam Trindade; Angela Araújo de Silveira Espindola; Salete Oro Boff. Passo Fundo. Editora IMED, 2015. p. 60.

¹⁸ CASTELLS, Manuel. **Se um país não quer mudar, não é a rede que irá mudá-lo.** Folha de São Paulo, São Paulo, 21 de setembro de 2010. Entrevista concedida a Alec Duarte. Disponível em: < <https://m.folha.uol.com.br/poder/2010/09/801906-se-um-pais-nao-quer-mudar-nao-e-a-internet-que-ira-muda-lo-diz-sociologo-espanhol.shtml> >. Acesso em: 15 out. 2022.

Em uma democracia o poder também deve ser público, indicando assim que os que governam tomem decisões conscientes.

A publicidade pode ser determinada como tudo aquilo que é público e a transparência é atributo do que é claro, de modo que os atos do Estado devem ser públicos e transparentes, isto é, devem ser levados a conhecimento de todos e permitir que os interessados possam ter conhecimentos com clareza de seu conteúdo a fim de seja possível efetivar o controle.

Diante tais princípios constitucionais, é permitido a visibilidade e fiscalização das atividades administrativas do Estado, ademais, a Lei de Acesso a Informação (Lei nº 12.527/2011) em seu artigo 8º¹⁹, impõe aos órgãos e entidades públicas a obrigação de promover a divulgação em local de fácil acesso, informações de interesse coletivo ou geral. Ademais, a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios são obrigados a publicar na internet, no chamado portal da transparência, os dados relativos à execução orçamentária e financeira, com informações específicas sobre receitas e despesas, transferências voluntárias, salários, cargos e lotação dos servidores, diárias, convênios, dentre outras informações, para que todos possam ter acesso.

Embora a efetividade do controle social do Estado através da tecnologia dependa do acesso à internet na medida em que permite o exercício da cidadania e dos direitos políticos, o controle da atuação estatal pelos cidadãos, por meio da internet, facilita o controle e a fiscalização dos gastos da Administração Pública, influenciando a tomada de decisões do Poder Público, especialmente na seara orçamentário-financeira, e promove a diminuição dos desvios de recursos públicos e da corrupção, contribuindo, portanto, para a efetividade dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal através da minimização da reserva do possível.

Por fim, a internet ampliou a publicidade e a transparência administrativa e facilitou o acesso do cidadão à informação. Ou seja, as informações disponíveis nos meios eletrônicos servem como uma prevenção e estimula a participação popular e consequentemente mais democrático.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A tecnologia tornou-se indispensável em um mundo conectado em rede, no qual as informações são aceleradas e chegam às pessoas naturalmente, intensificando assim as mudanças comportamentais e sociais. Como destacado, a tecnologia proporciona diversos

¹⁹ Art. 8º É dever dos órgãos e entidades públicas promover, independentemente de requerimentos, a divulgação em local de fácil acesso, no âmbito de suas competências, de informações de interesse coletivo ou geral por eles produzidas ou custodiadas.

benefícios, mas também pode acarretar problemas de diferentes ordens, chamado de “efeitos colaterais”, pelo seu mau uso. Por esse motivo a sociedade caminha para um processo de virtualização onde tudo acontece e se faz dentro de um universo virtual.

Evidencias-se que nem toda informação é provida de veracidade e de fontes seguras e que nem todos possuem acesso a esse meio, levando em consideração a desigualdade social que assola a população brasileira. Atualmente se vive em uma transição de eras, a era da tecnologia digital móvel está apenas no início, o comportamento dos indivíduos passa por constantes alterações adaptativas a uma nova realidade, a virtual.

Diante tal cenário, a crise ambiental fez surgir a necessidade de uma proteção jurídica efetiva do meio ambiente. Nesta perspectiva, a Constituição Federal consagra o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, impondo ao Estado o dever fundamental de garantir e proteger o meio ambiente, obrigando o Poder Público a adotar medidas efetivas e adequadas de proteção ao meio ambiente. Ocorre que, a concretização de tal direito depende dos limites do dinheiro público e os recursos são limitados, ou seja, o efetivo exercício dos direitos fundamentais depende de disponibilidade financeira do Estado.

Visto a dinâmica que concerne o problema, cabe ao cidadão melhor entender a forma de controle dos gastos da Administração Pública, devendo ter meios de transparência que deixe evidente os recursos disponíveis e os recursos que estão sendo utilizados, uma vez que a internet facilita o acesso à informação e a transparência das ações governamentais.

Portanto, mediante a publicidade e a transparência dos atos do Poder Público e da participação popular na internet, a tecnologia pode ser utilizada como ferramenta de minimização da reserva do possível e de maximização da efetividade dos direitos fundamentais, principalmente os sociais e ambientais,

Na democracia não há lugar para a tirania, portanto, não há espaço para ocultar do que o público e interessa ao público. Essa é uma regra essencial para preservar alguma experiência democrática no mundo conduzido pela globalização.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 276.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm>. Acesso em: 15 out. 2022.

CASTELLS, Manuel. **Se um país não quer mudar, não é a rede que irá mudá-lo**. Folha de São Paulo, São Paulo, 21 de setembro de 2010. Entrevista concedida a Alec Duarte. Disponível em: <<https://m.folha.uol.com.br/poder/2010/09/801906-se-um-pais-nao-quer-mudar-nao-e-a-internet-que-ira-muda-lo-diz-sociologo-espanhol.shtml>>. Acesso em: 15 out. 2022.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado**. Disponível em: <https://apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf>. Acesso em: 12 out. 2022.

HABERMAS, J. **Mudança estrutural da esfera pública: investigação quanto a uma categoria da sociedade burguesa**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1984.

KOHN, Karen; MORAES, Cláudia Herte de. **O impacto das novas tecnologias na sociedade: conceitos e características da Sociedade da Informação e da Sociedade Digital**. Disponível em: <<http://www.intercom.org.br/papers/nacionais/2007/resumos/R1533-1.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2022.

MACHADO, Carlos Augusto Alcântara; RESENDE, Augusto César Leite de. **Tecnologia, meio ambiente e democracia: reflexões necessárias. Revista de Investigações Constitucionais**. Curitiba, vol. 6, Pág. 749-771. Setembro/Dezembro 2019. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/59847>>. Acesso em: 12 out. 2022.

MAN, Zygmunt. **Vida para o consumo: a transformação das pessoas em mercadoria**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 37.

MARCUSE, Herbert. **A ideologia da sociedade industrial: o homem unidimensional**. 6ªed. Rio de Janeiro: Zahar, 1982.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Relações entre poderes e democracia: e crise e superação**. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

PIRES, Cecília. **Soberania e Democracia. Quais regras no mundo globalizado?** Direito, Democracia e Sustentabilidade: anuário do programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Direito da Faculdade Meridional/Organizadores: André Karam Trindade; Angela Araújo de Silveira Espindola; Salete Oro Boff. Passo Fundo. Editora IMED, 2015. p. 47-62.

RHEIGOLD, H. **La comunidad virtual**: una sociedad sin fronteras. Barcelona: Gedisa Editorial, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 9. ed.. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VEBLEN, Thorstein. (1988). **A teoria da classe ociosa**: Um estudo econômico das instituições. São Paulo: Livraria Pioneira.

ARTIGOS – GT8 – CONSTITUCIONALISMO, DEMOCRACIA E NEONACIONALISMO

LEI Nº 13.467/2017: UMA ANÁLISE DA INFLUÊNCIA NEOLIBERAL SOB O VIÉS DO NEOCONSTITUCIONALISMO

LAW Nº 13.467/2017: AN ANALYSIS OF NEOLIBERAL INFLUENCE UNDER THE BIAS OF NEOCONSTITUTIONALISM

Elys Marina Hack¹

Vanessa Ramos Casagrande²

Franco Scortegagna³

RESUMO

O presente artigo faz uma análise bibliográfica acerca da Lei nº 13.467/2017, intitulada como “Reforma Trabalhista” enquanto legislação trabalhista que sofreu diversas modificações, sob a perspectiva do neoconstitucionalismo, buscando assim, verificar as questões inerentes à efetivação dos direitos fundamentais do trabalhador após a publicação da referida legislação, a qual possui a positivação de ideais neoliberais, bem como se mostra como uma redução de direito em forma de flexibilização.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Neoconstitucionalismo. Neoliberalismo. Reforma Trabalhista.

ABSTRACT

This article makes a bibliographical analysis about Law nº 13.467/2017, entitled as "Labor Reform" as labor legislation that has undergone several changes, from the perspective of neoconstitutionalism, thus seeking to verify the issues inherent to the realization of the fundamental rights of the worker after the publication of the referred legislation, which has the positivization of neoliberal ideals, as well as shows itself as a reduction of rights in the form of flexibility.

KEYWORDS: Fundamental rights. Neoconstitutionalism. Neoliberalism. Labor Reform.

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES. Advogada. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo (UPF). E mail: 159848@upf.br

² Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Bolsista CAPES. Advogada. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera (UNIDERP). Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). E mail: vanessarcasagrande@hotmail.com

³ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. E mail: fscortegagna@upf.br

INTRODUÇÃO

Pretende-se neste artigo, abordar uma análise bibliográfica acerca da Reforma Trabalhista sob o viés do neoconstitucionalismo, buscando verificar as questões inerentes à efetivação dos direitos fundamentais, mais especificamente os direitos dos trabalhadores diante da Lei nº 13.467/2017.

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 milhões⁴ 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”.⁵

Ocorre que, de forma invertida ao que se esperava, a Lei nº 13.467/2017 além de não cumprir com a promessa de queda no desemprego, pode ter sido também uma das causas do aumento do número dele. Assim, o tema justifica-se tanto na seara social como jurídica. Nesse sentido, tem-se que o neoconstitucionalismo para efetivação dos direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988 traz uma interpretação pautada nos anseios da sociedade, no que diz respeito à concretização dos direitos, diferentemente do que a Reforma Trabalhista tem feito, e por isso, se mostra necessária a análise da referida legislação com base nos preceitos do neoconstitucionalismo.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ÉGIDE DO NEOCONSTITUCIONALISMO

O neoconstitucionalismo vem ao encontro de superar antigos dogmas do positivismo clássico, dentre eles a neutralidade das normas jurídicas, ausência de normatividade dos princípios e direitos fundamentais, bem como a “rígida separação de poderes e submissão da função jurisdicional à vontade e império da lei”, representando, assim, a vitória de uma Constituição suprema, “capaz de impor aos poderes constituídos e aos particulares o cumprimento coercitivo de todas as suas normas, incluindo as que veiculam os direitos sociais”.⁶

⁴ 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 29 ago. 2022.

⁵ Trecho de mensagem anunciada por Michel Temer em 10 de maio de 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_039251.html>. Acesso em 29 ago. 2022.

⁶ BEZERRA, Flávio. **Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Ministério Público na Tutela do Direito Fundamental à Saúde.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01.02.pdf>. Acesso em: 29 ago 2022. p. 54

O constitucionalismo pós-moderno ou neoconstitucionalismo representa uma renovada concepção de Constituição, Direito e, conseqüentemente, de Estado, tendo sido construída a partir da metade final do século XX e que se funda, principalmente, na força jurídico-normativa das constituições, capazes de concretizar a democracia e os direitos da pessoa humana no mundo dos fatos.⁷

No direito constitucional contemporâneo, seja sob a perspectiva da teoria jurídica ou da experiência observada nos juízos e tribunais, pode-se falar em conflitos que consistem nos textos constitucionais, de diferentes pretensões, que necessitam conviver e harmonizar-se em uma sociedade plural como a contemporânea. Sua configuração envolve, muitas vezes, colisões, reais ou aparentes, entre diferentes comandos constitucionais, de igual hierarquia cada qual incidindo sobre determinada situação de fato e postulando uma solução jurídica diversa^{8,9}.

Deste modo, direitos fundamentais – elementos centrais dos sistemas constitucionais contemporâneos - parecem entrar em choque em muitas circunstâncias. Ainda outros elementos constitucionais podem apresentar uma convivência difícil em determinados ambientes, como ocorrem com a livre iniciativa e os princípios da proteção ao consumidor e ao meio-ambiente.

Exemplos clássicos que podem ser citados são da tensão entre liberdade de informação e de expressão e intimidade, honra e vida privada.¹⁰

A partir do neoconstitucionalismo¹¹, o aumento da demanda por justiça por parte da sociedade e a ascensão institucional do Poder Judiciário provocaram, no Brasil, uma intensa judicialização das relações políticas e sociais:

⁷ BEZERRA, Flávio. **Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Ministério Público na Tutela do Direito Fundamental à Saúde.** Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01.02.pdf>. Acesso em: 29 ago 2022. p. 47

⁸ “A violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes”, justificando a Constituição ser definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes. Precisamente, aos princípios consistentes em direitos de liberdade (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em limites e proibições (absolutos ou *erga omnes*); aos princípios consistentes em direitos sociais (universais ou *omnium*) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou *erga omnes*). Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja por comissão ou por omissão, à violação das segundas”. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre de Moraes et al. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 41

⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005. p. 86

¹⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **R. Dir. Adm.**, Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005. p. 87

¹¹ Com a inclusão nas Constituições, “de princípios de justiça de caráter ético-político, como a igualdade, a dignidade das pessoas e os direitos fundamentais, é possível verificar o desaparecimento de um ponto diferencial do positivismo jurídico: a separação entre o direito e moral, entre a validade e justiça”. FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e

Tal fato potencializa a importância do debate, na teoria constitucional. Acerca do equilíbrio que deve haver entre supremacia constitucional, interpretação judicial da Constituição e processo político majoritário. As circunstâncias brasileiras, na quadra atual, reforçam o papel do Supremo Tribunal Federal, inclusive em razão da crise de legitimidade por que passam o Legislativo e o Executivo, não apenas como um fenômeno conjuntural, mas como uma crônica disfunção institucional no Brasil.¹²

Neste íterim destaca-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos, reconhecida como um dos documentos internacionais relevantes que serve de norte para consagração dos direitos fundamentais, em âmbito constitucional e internacional, ápice de um processo histórico, “[...] foi precedida de diversos documentos legislativos que, de uma forma ou de outra, versaram sobre o tema dos direitos fundamentais, desde a Magna Carta até a Carta das Nações Unidas”.¹³

Não obstante, os direitos fundamentais penetram nas relações privadas, sendo observados os princípios constitucionais nas tratativas *inter partes*, é o que se denomina de teoria da “eficácia horizontal dos direitos fundamentais” em contraposição à “eficácia vertical dos direitos fundamentais”, na qual se observa o respeito aos direitos fundamentais nas relações entre indivíduo e Estado.

De acordo com Sarlet, o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais entre particulares demanda

[...] a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de direito, no qual os direitos fundamentais, na condição de direitos de defesa, exerciam [...] – a função precípua de proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos no âmbito da sua esfera pessoal (liberdade, privacidade, propriedade, integridade física, etc.), alcançando, portanto, relevâncias apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, como reflexo da então preconizada separação entre sociedade e Estado, assim como entre o público e o privado, no assim denominado Estado Social de Direito tal configuração restou superada. [...] com a ampliação crescente das atividades e funções estatais, somada ao incremento da participação ativa da sociedade no exercício do poder, verificou-se que a liberdade dos particulares - assim como os demais bens jurídicos fundamentais assegurados pela ordem constitucional - não carecia apenas de proteção contra ameaças oriundas dos poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, advindas da esfera privada.¹⁴

constitucionalismo garantista. In: ROSA, Alexandre de Moraes et al. (Orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 19-20

¹² BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **R. Dir. Adm., Rio de Janeiro**, n. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. p. 42

¹³ PEREIRA, Luciano Meneguetti. **As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações**. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>>. Acesso em: 29 ago 2022. p. 10

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **A constituição concretizada**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000. p. 117-118

A face oculta dos direitos fundamentais que se revela nos deveres fundamentais ou custos *lato sensu* dos direitos. Para ele, os deveres ou custos dos direitos envolve a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, organizada no estado moderno. Fazendo com que os indivíduos sejam verdadeiras pessoas, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis pela sua comunidade. “O que não põe minimamente em causa o primado da liberdade, isto é, o primado dos direitos e liberdades fundamentais”.¹⁵

Desse modo, os deveres fundamentais ou os custos dos direitos em sentido *lato* são um aspecto do estatuto constitucional do indivíduo, estatuto polarizado nos direitos e liberdades fundamentais do homem. Compreende-se, assim, que essa componente passiva do conjunto dos direitos fundamentais integre a matéria dos direitos fundamentais. Da mesma forma, se compreende que o entendimento dos direitos fundamentais não possa ter-se por completo sem a consideração também dos correspondentes deveres fundamentais.¹⁶

Os direitos fundamentais, normas jurídicas positivas constitucionais que são, devem ser interpretados como a categoria instituída com o objetivo de proteção à dignidade, à liberdade e à igualdade humanas em todas as dimensões. O termo fundamental deixa explícita a imprescindibilidade desses direitos à condição humana e ao convívio social.¹⁷ Eis que, os direitos fundamentais fornecem impulsos e parâmetros para interpretação e aplicação do direito infraconstitucional, pois, possuem importante efeito irradiante.

Na nova concepção de direitos fundamentais¹⁸, diretamente vinculantes, a Administração deve pautar suas atividades no sentido de não violar tais direitos, bem como implementá-los praticamente, mediante a adoção de políticas públicas que permitam o efetivo

¹⁵ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. p. 23

¹⁶ NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos. **Revista Direito Mackenzie**, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002. p. 22

¹⁷ CAMARGO, Daniel Marques de. **Os Direitos Fundamentais**. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>>. Acesso em: 29 ago 2022.

¹⁸ “Na solução de conflitos entre direitos fundamentais ou na colisão de princípios, assume grande importância operacional o valor da *dignidade da pessoa humana*. Antes mesmo de aparecer na Constituição Federal de 1988 como um alicerce do Estado Democrático de Direito, constou do Preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Organização das Nações Unidas em 1948, que assim inicia: *Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo; considerando que o desprezo e o desrespeito pelos direitos do homem resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem da liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum (...)*. A dignidade da pessoa humana está na base de todos os direitos constitucionalmente consagrado. Tanto é que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu que a *dignidade da pessoa humana, um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, ilumina a interpretação da lei ordinária*. O valor da dignidade da pessoa humana funciona como um vetor-mor da hermenêutica jurídica, podendo-se afirmar que, na dúvida entre a proteção de dois direitos fundamentais contrapostos, deve ser preservado aquele que melhor atenda a dignidade da pessoa humana”. CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia**. Salvador - Bahia, n. 107, p. 91-129, 2008. p. 109

gozo de tais direitos fundamentais por parte dos cidadãos. Quanto ao legislador, o reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos fundamentais impõe aos mesmos, deveres positivos, no sentido de editar legislação que regule as previsões constitucionais, desenvolvendo os programas contidos na Carta. Não basta abster-se de editar leis inconstitucionais, impõe-se o dever de agir positivamente.¹⁹

Destarte, ao contrário da concepção liberal clássica, que vislumbrava na Constituição apenas um limite ao poder político, sem afetar as relações privadas, regidas pela legislação infraconstitucional, o constitucionalismo contemporâneo atribui à Constituição a função de modelar também as relações sociais e econômicas. Por tais razões é que se defende que a Constituição deva ser aplicada diretamente, inclusive em relações interprivadas, ao menos sempre que a controvérsia de que se trata não possa ser resolvida com base na lei, seja por ser a lei lacunosa, seja porque a lei oferece uma solução aparentemente injusta.²⁰

2. A LEI Nº 13.467/2017 COMO UM REFLEXO DA INFLUÊNCIA NEOLIBERAL

O Estado neoliberal se caracteriza como um estado privatista, e não social, um Estado defensor de “liberar” as liberdades, estimular a capacidade empreendedora dos indivíduos, e transformar todas as relações, sejam elas trabalhistas, cíveis, ou consumeristas em capital, com base na força do mercado e do comércio, bem como do capital, um Estado voltado ao lucro que pretende reduzir ao mínimo os direitos sociais, bem como a garantia de direitos proporcionada pelo Estado, e nesse sentido, Harvey²¹ complementa:

O neoliberalismo é em primeiro lugar uma teoria das práticas político-econômicas que propõe que o bem-estar humano pode ser melhor promovido liberando-se as liberdades e capacidades empreendedoras individuais no âmbito de uma estrutura institucional caracterizada por sólidos direitos a propriedade privada, livres mercados e livre comércio. O papel do Estado é criar e preservar uma estrutura institucional apropriada a essas práticas; o Estado tem de garantir, por exemplo, a qualidade e a integridade do dinheiro. Deve também estabelecer as estruturas e funções militares, de defesa, da polícia e legais requeridas para garantir direitos de propriedade individuais e para assegurar, se necessário pela força, o funcionamento apropriado dos mercados. (...) As intervenções do Estado nos mercados (uma vez criados) de vem ser mantidas num nível mínimo, (...) A desregulação, a privatização e a retirada do Estado de muitas áreas do bem-estar social têm sido muitíssimo comuns.

Ainda, Harvey²² considera que “efeitos redistributivos e uma desigualdade social crescente têm sido de fato uma característica tão persistente do neoliberalismo que podem ser

¹⁹ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 43

²⁰ NETO, Eugênio Facchini. Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 44-45

²¹ HARVEY, David. **O Neoliberalismo história e complicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 08.

²² HARVEY, David. **O Neoliberalismo história e complicações**. São Paulo: Edições Loyola, 2008, p. 20.

considerados estruturais”. Nesse sentido, o neoliberalismo se trata de ideais políticos, e também econômicos a serem implantados numa economia capitalista, objetivando o crescimento e liberdade do mercado, e ausência de participação do Estado no âmbito econômico, incluindo nas relações de trabalho, as quais também são consideradas como relações econômicas entre empregador e trabalhador.

Assim, nas relações de trabalho, o neoliberalismo tem mostrado sua influência na flexibilização dos direitos fundamentais trabalhistas, em uma escolha entre capitalistas e trabalhadores, tem-se optado pelos capitalistas, reduzindo a intervenção do Estado nas relações de trabalho, fomentando a economia, ao mesmo passo em que fomenta uma crise social e uma crise de direitos.

Cumprir dizer que a Lei nº 13.467/2017, promulgada durante o mandato de Michel Temer, objetivou, dentre outros aspectos, modernizar a relação de emprego e adequá-las aos ideais capitalistas, de forma que as relações de trabalho e emprego passaram a ser alvo, consequentemente, de normas neoliberais, as quais caminham lado a lado com o capitalismo.

A brusca redução de direitos tem sido um dos maiores impactos sentidos após a promulgação da Reforma Trabalhista, a qual promoveu a possibilidade de convenção entre as partes acerca de determinados direitos, os quais, anteriormente eram considerados como irrenunciáveis e invioláveis, ou seja, como direitos fundamentais, assim a prevalência do negociado entre o legislado acabou proporcionando aos empregadores maior possibilidade de discussão no contrato de trabalho, restando aos trabalhadores negociar seus direitos com seus empregadores, tarefa complexa para um país que conta com 11 milhões de analfabetos .

Ainda, a Lei nº 13.467/2017, em uma de suas principais previsões normativas, positivou a possibilidade da realização de acordo para extinção do contrato de trabalho, na qual o empregado deixa de receber determinadas verbas rescisórias, ou as recebe em parte.

Como um agrado à classe comercial, a Reforma Trabalhista tem representado primordialmente os interesses dos empregadores e a busca incessante ao lucro, atribuindo liberdade às partes desiguais para formulação do contrato de trabalho de uma relação desigual em que inexiste uma manifestação totalmente livre da vontade por parte do trabalhador, em um país em que há 14,8 milhões de desempregados, e a permanência no emprego se mostra como meio de sobrevivência social.

Ainda, resgatando a ideia do liberalismo, a Reforma Trabalhista reflete a ideia anti-sindical, uma vez que no ideal liberal, os sindicatos eram vistos como uma ameaça à ordem liberal, pois entravam em conflito com o princípio de um mercado de trabalho autorregulado.

Já o neoliberalismo, de acordo com Galvão (2003), através da Lei nº 13.467/2017 recupera esta posição anti-sindical, mas o movimento de combate ao sindicato é seletivo, buscando derrubar os sindicatos mais combativos, e envolver os sindicatos de resultados no processo de desmonte dos direitos trabalhistas, transformando o sindicato em parceiros do capital, demonstrando-se assim uma total afronta à organização sindical no que diz respeito à contribuição sindical, a qual não é mais obrigatória.²³

Ademais, cumpre dizer também que limitar a interferência do Estado no campo normativo reforça a perspectiva contratualista de fortalecer a posição do capital perante o trabalho, eliminando ou, no caso da Reforma Trabalhista, reduzindo os obstáculos legais frente as possibilidades do capital de explorar sua força de trabalho.

Desta forma, ao contrário do que defendem os defensores da tese do “Estado Mínimo”, a abstenção da lei também é uma forma de intervenção estatal, que deixa aos atores a função de encontrar o seu ponto de “equilíbrio”. Nesse sentido, o Estado beneficia o lado mais forte dessa relação assimétrica, permitindo ao capital estruturar os termos da relação de trabalho em condições que lhe são favoráveis.

Para Galvão²⁴, a palavra “desregulamentação” se mostra imprecisa para representar esse processo supra mencionado, uma vez que na visão da autora, a abstenção da lei não significa de forma absoluta a supressão ou eliminação de regulamentos ou leis, mas também na publicação de novas legislações que permitem a perda ou a redução de direitos, como foi o caso da Reforma Trabalhista, e assim tais feitos geraram a nomenclatura de “flexibilização”, cujo objetivo se concentra em fazer com que os trabalhadores aceitem a redução dos direitos.

A fim de exemplificar como a “flexibilização” atua na redução dos direitos e na afronta ao neoconstitucionalismo, é que se pode abordar a questão da uberização do trabalho. Nesse sentido, Abilio compreende que a uberização é uma nova forma de subordinação ao trabalho, em razão de que mesmo sendo considerado um trabalhador autônomo, “chefe de si mesmo”, ele está subordinado aos termos e condições da empresa, e por isso afirma que

Nessa condição de quem adere e não mais é contratado, o trabalhador uberizado encontra-se inteiramente desprovido de garantias, direitos ou segurança associados ao trabalho; arca com riscos e custos de sua atividade; está disponível ao trabalho e é recrutado e remunerado sob novas lógicas. Assim, a uberização conta com um gerenciamento de si que, entretanto, é subordinado e controlado por novos meios, que hoje operam pela automatização em dimensões gigantescas de extração e processamento de dados; estão em jogo novas formas de gerenciamento, controle e vigilância do trabalho, por meio das programações algorítmicas. Portanto, o

²³ TEODORO, Luiz Claudio de Almeida. **A REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER: Inspiração neoliberal e o desmanche dos direitos sociais.** Revista Serviço Social em Perspectiva –Montes Claros, Edição Especial, março de 2018. p.578-590. Anais do I Encontro Norte Mineiro de Serviço Social.

²⁴ GALVÃO, Andréia. **Neoliberalismo e Reforma Trabalhista no Brasil.** Tese de Doutorado, Campinas: UNICAMP, 2003.

desenvolvimento tecnológico em seu atual estágio traz uma mudança qualitativa à gestão do trabalho (Zuboff, 2018): trata-se da possibilidade tecnológica de um mapeamento pleno do processo de trabalho, do processamento de dados em enorme escala e do gerenciamento combinado e simultâneo de múltiplas informações que possibilitam pensar em termos de um 'gerenciamento algorítmico' do trabalho. As empresas-aplicativo vêm se apresentando como mediadoras entre oferta e procura, negando a subordinação e vínculos empregatícios nessa intermediação.²⁵

Na uberização do trabalho, na visão de Antunes e Druck, o Estado passa a envolver-se cada vez menos, eis que já não existe uma proteção estatal sobre tais trabalhadores, entendendo que “[...] passou a desempenhar um papel cada vez mais de “gestor dos negócios da burguesia financeira”, cujos governos, em sua imensa maioria, pautam-se pela desregulamentação dos mercados, especialmente o financeiro e o de trabalho.”²⁶

Da mesma forma, Filgueiras e Antunes também frisam que na verdade, a flexibilização e liberdade ofertadas pelas empresas que aplicam os métodos da uberização, são apenas ilusão. Os autores entendem que, o que ocorre na realidade, é a “[...] a transferência deliberada de riscos para aumentar o controle sobre os/as trabalhadores/as, pois essa liberdade significa ausência de salário garantido e incremento de custos fixos que se convertem em responsabilidade dos mesmos [...]”²⁷

Cumprir dizer, obviamente, que se há uberização do trabalho atualmente e se há trabalhadores cada vez mais ativos neste ramo e em outros ramos informais, pode significar que a legislação trabalhista não tem cumprido com o que dela se espera, sendo que Kallerberg assim considera acerca da questão

A precariedade está intimamente relacionada à percepção de insegurança no trabalho. Embora existam diferenças individuais na percepção da insegurança e do risco, as pessoas têm, em geral, cada vez mais medo de perder seu emprego – em grande parte porque as consequências dessa perda se tornaram muito mais graves nos últimos anos – e estão menos seguras de conseguir postos comparáveis. [...] Mudanças em instituições legais e outras mediarão os impactos da globalização e da tecnologia no trabalho e nas relações de emprego. Os sindicatos continuaram a declinar, enfraquecendo uma fonte tradicional de garantias e de proteções aos trabalhadores e rompendo o contrato social entre capital e trabalho do pós-guerra. As regulamentações governamentais que estabeleciam os mínimos padrões aceitáveis no mercado de trabalho erodiram com as normas que governavam a competição no mercado de produtos. Os sindicatos declinaram, e a desregulação trabalhista e econômica reduziu o poder das forças de equilíbrio que

²⁵ ABILIO, Ludmila Costhek. **Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado**. 2019. Disponível em: <<https://www.cesit.net.br/uberizacao-doempreendedorismo-para-o-autogerenciamento-subordinado/>>. Acesso em 29 ago. 2022.

²⁶ ANTUNES, R; DRUCK, G. **A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra**. Revista O Social em Questão, Rio de Janeiro, Ano 18, n. 34, p. 19-40, jul. dez./2015. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,recebi-projetos-sobreprevidencia-e-pouco-sera-aproveitado-diz-bolsonaro,70002599184>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

²⁷ ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. **Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo**. Contracampo, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-43, abr./jul. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901>>. Acesso em 29 ago. 2022

permitiam aos trabalhadores compartilhar ganhos de produção. Com isso, a balança do poder pendeu dos trabalhadores para os empregadores.²⁸

Nesta linha de raciocínio, percebe-se a influência neoliberal sob a legislação trabalhista e sob 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.²⁹

Por fim, ocorre que a negociação não ocorre desta forma tão perfeita quanto entende a autora, eis que primeiramente, “[...] a ideologia neoliberal procura impor a noção de que o direito do trabalho foi o causador da crise econômica [...]”³⁰ e também porque não se pode considerar que o trabalhador, pessoa física, muitas vezes com grau de instrução precário, que recebe mensalmente o valor de um salário mínimo, esteja em “pé de igualdade” com uma empresa multinacional que lucra bilhões anualmente, que lhe oferta um trabalho taxado de regras, condições, e termos que não são passíveis de negociação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo realizado e exposto, pode-se verificar que a Reforma Trabalhista entra em confronto com as disposições do neoconstitucionalismo, isto porque, enquanto este último vislumbra a Constituição no centro do ordenamento jurídico e interpreta o Direito a partir dos Direitos Fundamentais, a Reforma Trabalhista, orientada por ideais neoliberais, baseados no liberalismo, defende a não intervenção do Estado na economia, ou a sua intervenção mínima, afim de garantir o crescimento econômico e o desenvolvimento social de um país.

Nesse contexto, observa-se que enquanto o neoconstitucionalismo parte dos Direitos Fundamentais e sua efetivação, o neoliberalismo parte do capitalismo e desenvolvimento econômico, de modo a desregulamentar e flexibilizar as relações, tanto as relações de emprego,

²⁸ KALLEBERG, Arne L. **O trabalho precário nos Estados Unidos**. In: OLIVEIRA, Francisco de; BRAGA, Ruy; RIZEK, Cibele (org.). *Hegemonia às avessas: economia política e cultura financeira na era da servidão financeira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010. p. 47-60.

²⁹ 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 29 ago. 2022.

³⁰ 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 29 ago. 2022.

como as de consumo, e quaisquer outras relações privadas, com o intuito somente de fomentar o mercado.

Portanto, atualmente não se pode afirmar que as legislações trabalhistas seguem os ideais neoconstitucionais, isto porque estão conectadas e fomentadas nos ideais neoliberais, com a supressão de direitos, e novas leis que autorizam tais reduções, e acabam por pressionar os trabalhadores a aceitarem, uma vez que o convencido tem maior validade do que o legislado.

REFERÊNCIAS

ABILIO, Ludmila Costhek. *Uberização: Do empreendedorismo para o autogerenciamento subordinado*. 2019. Disponível em: <<https://www.cesit.net.br/uberizacao-doempreendedorismo-para-o-autogerenciamento-subordinado/>>. Acesso em 29 ago. 2022.

ANTUNES, R; DRUCK, G. *A terceirização sem limites: a precarização do trabalho como regra*. Revista O Social em Questão, Rio de Janeiro, Ano 18, n. 34, p. 19-40, jul. dez./2015. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,recebi-projetos-sobreprevidencia-e-pouco-sera-aproveitado-diz-bolsonaro,70002599184>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

ANTUNES, Ricardo; FILGUEIRAS, Vitor. *Plataformas digitais, Uberização do trabalho e regulação no Capitalismo contemporâneo*. Contracampo, Niterói, v. 39, n. 1, p. 27-43, abr./jul. 2020. Disponível em: <<https://periodicos.uff.br/contracampo/article/view/38901>>. Acesso em 29 ago. 2022

BARCELLOS, Ana Paula de. *Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 83-103, abr./jun. 2005.

BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, n. 240, p 1-42, abr./jun. 2005.

BEZERRA, Flávio. *Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Ministério Público na Tutela do Direito Fundamental à Saúde*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacaoedivulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01.02.pdf>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CAMARGO, Daniel Marques de. *Os Direitos Fundamentais*. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/180507.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo*. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia. Salvador - Bahia, n. 107, p. 91-129, 2008. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/actualidad/1493660125_03_9251.html>. Acesso em 29 ago. 2022.

FERRAJOLI, Luigi. *Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista*. In: ROSA, Alexandre de Moraes et al. (Orgs.). *Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli*. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012

GALVÃO, Andréia. *Neoliberalismo e Reforma Trabalhista no Brasil*. Tese de Doutorado, Campinas: UNICAMP, 2003.

HARVEY, David. *O Neoliberalismo história e complicações*. São Paulo: Edições Loyola, 2008.

KALLEBERG, Arne L. *O trabalho precário nos Estados Unidos*. In: OLIVEIRA, Francisco de; BRAGA, Ruy; RIZEK, Cibele (org.). *Hegemonia às avessas: economia política e cultura financeira na era da servidão financeira*. São Paulo: Boitempo Editorial, 2010.

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 29 ago. 2022.

NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos*. Revista Direito Mackenzie, São Paulo, v. 3, n. 2, p. 9-30, 2002.

NETO, Eugênio Facchini. *Reflexões histórico-evolutivas sobre a constitucionalização do direito privado*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

PEREIRA, Luciano Meneguetti. *As dimensões de direitos fundamentais e necessidade de sua permanente reconstrução enquanto patrimônio de todas as gerações*. Disponível em: <<http://www.aems.edu.br/conexao/edicaoanterior/Sumario/2013/downloads/2013/3/33.pdf>>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Direitos Fundamentais e Direito Privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais*. In: SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). *A constituição concretizada*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

TEODORO, Luiz Claudio de Almeida. *A REFORMA TRABALHISTA DO GOVERNO TEMER: Inspiração neoliberal e o desmanche dos direitos sociais*. Anais do I Encontro Norte Mineiro de Serviço Social. Revista Serviço Social em Perspectiva –Montes Claros, Edição Especial, março de 2018. p. 578-590. Disponível em: <<https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/sesoperspectiva/article/view/1480/1734>>. Acesso em 29 ago. 2022.

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 29 ago. 2022.

DO CONSTITUCIONALISMO AO NEOCONSTITUCIONALISMO: UMA HERMENÊUTICA FILOSÓFICA SUBSTANCIALISTA

FROM CONSTITUTIONALISM TO NEOCONSTITUTIONALISM: A SUBSTANTIALIST PHILOSOPHICAL HERMENEUTICS

Adelcio Molin¹

RESUMO

Este artigo apresenta um panorama histórico evolutivo do Constitucionalismo ao Neoconstitucionalismo e as premissas que fundamentaram a construção deste pensamento. Serão apontados os principais eventos sociais, culturais e políticos que ensejaram as mudanças dos paradigmas constitucionais. Foi utilizado como marco inicial da ideia de Constitucionalismo aquela vivida pelo Povo Hebreu, a qual as leis são divinas e cabe aos homens somente obedecê-las. Uma percepção mais concreta e regulatória do constitucionalismo se deu nas “*Pólis Gregas*”. No entanto, este estudo percebeu que somente no século XII, na Inglaterra, com a assinatura pelo Rei João Sem Terra, do documento chamado Carta Magna, que se empreendeu a ideia de Constituição como limite ao Soberano. Com a independência dos Estados Unidos e a promulgação da constituição americana, deu-se início ao constitucionalismo que visava garantir a liberdade, a propriedade e a felicidade. Com a Revolução Francesa e os ideais iluministas, o constitucionalismo se caracterizou pela preocupação de garantir os direitos fundamentais dos cidadãos e pela conformação da liberdade, da igualdade e da fraternidade. Foi a partir deste momento histórico, que passou-se a verificar um novo paradigma constitucional, o Neoconstitucionalismo. No Brasil esse movimento começou a ganhar força com a redemocratização e a promulgação da Constituição de 1988. Com esse novo paradigma a Constituição foi erigida à centralidade do ordenamento jurídico e adquiriu *status* normativo, o mesmo ocorrendo com os princípios constitucionais. O Poder Judiciário adquiriu o protagonismo entre os Poderes podendo até criar o direito em situações específicas. Esta transformação interpretativa é combustível de intensos debates doutrinários, tendo de um lado os defensores do positivismo jurídico, da teoria pura do direito e do procedimentalismo, e de outro, os Neoconstitucionalistas mais afinados com a teoria substancialista. O estudo demonstrou que ambas as correntes devem coexistirem, sendo que uma não pode excluir a outra sem que os danos ao direito e a democracia não se tornem latentes. Na solução dos *harde cases* é necessário que a norma seja interpretada de forma mais criativa e ativista, ao passo que para os

¹ 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, Procurador Municipal. E-mail: procuradormolin@gmail.com

easy cases, observou-se que a decisão judicial não pode ser proferida alheia à norma e baseada em interpretação ideológica ou filosófica do prolator, sob pena de incorrer em insegurança jurídica e enfraquecimento do Estado Democrático de Direito. O estudo proposto seguirá o uso da técnica da pesquisa bibliográfica utilizando fontes primárias e secundárias que tratam do tema, e o método indutivo de “pesquisa e identificar as partes de um fenômeno e coleciona-las de modo a ter uma percepção ou conclusão geral”².

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo, Neoconstitucionalismo, Constituição, Estado, Democracia.

ABSTRACT

This article presents a historical panorama of the evolution from Constitutionalism to Neoconstitutionalism and the premises that were the basis for the construction of this thought. The main social, cultural and political events that led to the changes in constitutional paradigms will be pointed out. The initial landmark of the idea of Constitutionalism was the one experienced by the Hebrew people, in which the laws are divine and it is up to men to obey them. A more concrete and regulatory perception of constitutionalism occurred in the "Greek Polis". However, this study realized that it was only in the 12th century, in England, with the signing by King John the Great, of the document called Magna Carta, that the idea of the Constitution as a limit to the Sovereign was undertaken. With the independence of the United States and the promulgation of the American constitution, constitutionalism began, aimed at guaranteeing freedom, property, and happiness. With the French Revolution and the illuminist ideals, constitutionalism was characterized by the concern to guarantee the fundamental rights of citizens and the conformation of liberty, equality, and fraternity. It was from this historical moment on that a new constitutional paradigm, the Neo-constitutionalism, began to take shape. In Brazil this movement began to gain strength with the re-democratization and the promulgation of the 1988 Constitution. With this new paradigm, the Constitution was elevated to the centrality of the legal system and acquired normative status, as did the constitutional principles. The Judiciary Power has acquired a leading role among the Powers, and can even create the law in specific situations. This interpretative transformation is the fuel of intense doctrinal debates, with, on one side, the defenders of legal positivism, the pure theory of law and proceduralism, and on the other, the Neoconstitutionalists, more in tune with the substantialist theory. The study has shown that both currents should coexist, with one not being able to exclude the other without damage to the law and democracy becoming latent. In the solution of hard cases, it is necessary that the norm be interpreted in a more creative

² PASOLD, Cesar Luiz. Prática da pesquisa jurídica e ferramentas úteis para o pesquisador de Direito. 5ª ed. Florianópolis-SC.

and activist way, while for easy cases, it was observed that the judicial decision cannot be made outside the norm and based on the ideological or philosophical interpretation of the author, under penalty of incurring in legal insecurity and weakening of the Democratic State of Law. The proposed study will follow the use of the bibliographical research technique using primary and secondary sources that deal with the theme, and the inductive method of "research and identify the parts of a phenomenon and collect them in order to have a general perception or conclusion".

KEY WORDS: Constitutionalism, Neo-constitutionalism, Constitution, State, Democracy.

INTRODUÇÃO

A evolução histórica do papel do Estado não satisfaz a necessidade de sua urgente reforma já que a maioria deles foram forjados a partir de algumas estruturas teóricas surgidas antes da invenção da máquina a vapor³. Esta estagnação da evolução do Estado e da ciência do direito, apesar da velocidade das mudanças das demais ciências, faz com que o Estado não consiga acompanhar a própria evolução humana em sua história.

O estudo dos novos paradigmas do direito, que desencadeará no neoconstitucionalismo e que objetiva superar o positivismo jurídico fundamentado na norma como fonte do direito, inicia-se, com a evolução histórica do constitucionalismo e que resultam em acalorados debates, envolvendo questões contemporâneas e atuais, como: atuação do Supremo Tribunal Federal, Ativismo Judicial, Democracia, Estado Democrático de Direito e garantias de direitos fundamentais.

O ideal constitucional surge com o povo Hebreu, passando pela Polis Grega, que além de ser considerada o berço da democracia, também foi do constitucionalismo. A Magna Carta inglesa de 1215 é considerado o primeiro documento que oficializou a limitação do poder de um soberano e previu um mínimo de garantias ao direito de liberdade dos cidadãos. Não ignoramos que a Constituição Americana é considerada como a primeira constituição escrita, no entanto, a Magna Carta apresentou em seu bojo dois elementos fundamentais do constitucionalismo, quais seja, limitação do poder e liberdade. A Independência Americana foi o cenário para um constitucionalismo calcado especialmente na liberdade, propriedade e felicidade.

Foi com a Revolução Francesa que o constitucionalismo efetivamente desenvolveu-se de forma mais direcionada a garantir os direitos fundamentais. Com a assinatura em 1791 da

³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311089083_A_COMMOLIZACAO_DO_DIREITO_POSITIVO_O_ATIVISMO_JUDICIAL_E_A_CRISE_DO_ESTADO. Acesso em 20/09/2022.

Declaração dos Direitos Humanos com a ideia de conformação da liberdade, da igualdade e da fraternidade.

É no pós guerra que surge o Neoconstitucionalismo. Com esta visão e tendência, a Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, com reconhecimento de ampla normatividade do texto constitucional bem como dos seus princípios. O positivismo jurídico perde força e o histórico afastamento entre moral e direito vai cedendo espaço a uma reaproximação. O direito passa a acolher fundamentos antes inerentes unicamente a filosofia, expandindo o campo da força interpretativa para além da norma posta.

1. O CONSTITUCIONALISMO COMO BASE HISTÓRICA PARA O SURGIMENTO DO NEOCONSTITUCIONALISMO E A MUDANÇA DE PARADIGMAS CONSTITUCIONAIS

É natural que ao iniciar os estudo de algum instituto jurídico, devemos apresentar a conceituação do mesmo. Roberto Viciano Pastor, Durante o Congresso Mundial de Constitucionalistas, realizado no ano de 2010 no Equador, apresentou um conceito evolutivo de constitucionalismo que se molda perfeitamente ao que aqui se pretende demonstrar:

“El constitucionalismo como corriente ideológica arrancaría, como es bien conocido, a partir del siglo XVII durante el desarrollo del pensamiento liberal centrado en la defensa los derechos individuales y la necesidad de limitar al poder político para que éstos no se vean afectados por aquel; asumiría rasgos esencialmente diferentes al añadir as concepto de constitución, de la mano del radicalismo democrático inspirado en Rousseau, la idea de legitimidad democrática del poder; se plasmaría jurídicamente com el concepto radical-normativo de constitución durante las revoluciones liberales de finales del siglo XVIII; y evolucionaria hasta las constituciones del Estado Democrático u Social de Derecho...”⁴.

O constitucionalismo pode ser definido a priori, como um movimento jurídico, sociológico e político que em sua formação pode englobar a elaboração de uma Constituição mas não é só isso, ele firma-se na ideia de Democracia Constitucional e a de um Estado que tem na Constituição o seu documento principal.

Com esse conceito, passamos ao relato histórico do constitucionalismo. Iniciamos por volta de 2.000 anos a. C., com o Povo Hebreu que reconhecia a Lei Divina como suprema e a

⁴ PASTOR, Viciano R. y DALMAU Martinez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano, em AA.VV., El nuevo constitucionalismo em América Latina, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010. 96 p. Tradução livre: “O constitucionalismo como corrente ideológica teria início, como se sabe, a partir do século XVII, durante o desenvolvimento do pensamento liberal voltado para a defesa dos direitos individuais e a necessidade de limitar o poder político para que não sejam por ele afetados; assumiria características essencialmente diferentes ao agregar ao conceito de constituição, de mão dados com o radicalismo democrático inspirado em Rousseau, a ideia de legitimidade democrática do poder; ela ganharia forma legalmente com o conceito radical-normativo de constituição durante as revoluções liberais do final do século XVIII; e evoluiria até as constituições do Estado Democrático ou Social de Direito...”.

ela somente caberia obediência⁵. Já na antiguidade clássica através do pensamento de Aristóteles na sua obra *A Política*, embora não existisse ainda o termo constitucionalismo, foi apresentado uma primeira ideia de constituição notadamente no ambiente da “Polis” grega por volta do século V e do século IV a.C. Neste contexto é que Aristóteles e Platão desenvolvem seus pensamentos⁶.

Aristóteles descreve na mencionada obra, as constituições das cidades-estados gregas antigas, afirmando que a *politeia* é quem define a organização do Estado, da magistratura, suas distribuições e organizações que conjuntamente caracterizam o poder político ou governo objetivo de cada comunidade⁷. Portanto, para ele, constituição no sentido clássico era concebida como sendo a ordem da “*pólis*”, podendo os conceitos de Constituição e Estado serem equiparados.

Luiz Roberto Barroso destaca ainda, elementos que até hoje conservamos, e teve Atenas como centro desse movimento democrático.

“Ali se conceberam e praticaram ideias e institutos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válido para todos”.⁸

Dando um salto histórico considerável, chegamos no século X, quando os reinos anglo-saxões, estavam unificados sob o reino da Inglaterra e ocorreu a invasão Normanda, que introduziu às instituições feudais naquele país e por consequência atribuiu maior poder aos barões. Foi no ano de 1215, que os barões, cansados de serem explorados e sufocados pela monarquia, forçaram o Rei João Sem Terra a assinar um documento, conhecido como Magna Carta, o qual limitava os poderes da coroa para garantir direitos e liberdade ao súditos. Este documento é considerado o símbolo da positivação dos direitos de primeira geração e marca o surgimento do período conhecido pelos doutrinadores como Constitucionalismo Clássico, além de apresentar duas características bastante importantes, quais sejam: a limitação do poder do estado e o reconhecimento do poder dos súditos, mesmo que de forma embrionária.

⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la Constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970, p. 154 e segs.

⁶ ARISTÓTELES. *Política*. Tradução e notas Maria Aparecida de Oliveira Silva. 1ª edição. São Paulo: Edipro.2019. Pag. 7.

⁷ Cf. *A política*, 1279 a33 a 1279 b10.

⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 9ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2020. Pag. 33.

“Destarte, o fenômeno da constitucionalização surge – e isso é da maior importância -, não apenas como meio de limitação do poder do soberano (do Estado), mas como um reconhecimento do poder dos súditos, isto é, do povo”⁹.

Com o advento das constituições escritas e rígidas se formaliza o constitucionalismo clássico. A inserção de direitos políticos e civis na constituição é resultante das revoluções liberais como a americana e a francesa¹⁰.

O processo de independência dos Estados Unidos é outro aspecto histórico fundamental para o fortalecimento do Constitucionalismo e foi o grande divisor de águas entre a era da servidão e a era da liberdade¹¹.

Até meados do século XVIII as colônias inglesas viviam em aparente harmonia com a coroa. No entanto, com o término da Guerra dos Sete anos, em 1763, a coroa passou a tributar ainda mais os britânicos e por consequência, as colônias deveriam arcar pelo menos com parte desse encargo. Os colonos e os comerciantes coloniais, se revoltaram com a crescente tributação e exigiam representatividade na Casa das Leis. Chegou em um momento, após a Companhia da Índias Orientais adquirirem o monopólio sobre a importação de chá e com a realização da “Festa do Chá” em Boston, que o próprio Rei Jorge III reconheceu que “ou as colônia se submetem ou triunfam”¹².

A exigência posta não foi atendida e o então conhecido “Novo Mundo”, resolve exigir a Independência com os ideias de Liberdade, de Propriedade e de Felicidade. Um panfleto político de autoria de Thomas Paine, escrito em janeiro de 1776, chamado Senso Comum, atacou fortemente a Monarquia e referiu-se ao Rei como um tirano e ao povo americano não restava alternativa senão escolher a liberdade ou morrer sob jugo do tirano¹³. Confirmou a história que o povo decidiu pela liberdade.

Entre os anos de 1775 e 1788, as colônias foram incentivadas a criarem as próprias constituições escritas. Foi designado nesse período, uma comissão que ficaria responsável pela elaboração da Declaração de Independência, tendo como principal relator Thomas Jefferson. A declaração foi inspirada nas ideias de John Locke e foi assinada em 4 de julho de 1776, sendo

⁹ BRAGA, Ricardo Peake. Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1ª Edição. Editora Educação, Direito e Alta Cultura. Londrina. Paraná. 2021. Pag. 33.

¹⁰ ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. Judicialização da política e ativismo judicial: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 1ª edição. Editora LiberArs. São Paulo. 2020. Pag. 50 a 52.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e constituição: Direito e políticas públicas num mundo em transformação. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2021. Pag. 68/69.

¹² CONSTANTINO, Rodrigo. Pensadores da Liberdade. Editora Faro. São Paulo. 2021. Pag. 25.

¹³ CONSTANTINO, Rodrigo. Pensadores da Liberdade. Editora Faro. São Paulo. 2021. Pag. 24.

considerado um marco na história da política e simboliza a independência das treze colônias americanas.¹⁴

Embora independentes, as treze colônias estavam divididas e não estavam aglutinadas para formarem um único estado. Somente em 1787, essas treze colônias se unificam e então criam a Constituição Americana. Ela apresenta como ideia principal o Direito a Liberdade. Estes direitos estão detalhados no documento conhecido como “*Bill Of Rights*” (declaração de direitos) que é uma declaração de 1689 e estruturava o sistema monárquico parlamentar da Inglaterra, propondo limites às ações da Coroa perante o Parlamento e a definição da sucessão da Coroa que está vigente até os dias atuais. Foi através desta Emenda à Constituição que surgiram os direitos fundamentais individuais.

Diferentemente do que ocorre no Reino Unido, nos Estados Unidos a Constituição é escrita e desde sempre teve caráter jurídico e por esta razão passível de aplicação direta pelo Poder Judiciário.

“Berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana – a mesma desde 1787 – teve, desde a primeira hora, o caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. De fato, a normatividade ampla e a judicialização das questões constitucionais têm base doutrinária em O Federalista e precedente jurisprudencial firmado em 1803, quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison* pela Suprema Corte”¹⁵.

Com a assinatura da primeira constituição escrita do mundo moderno a Revolução Americana findou, atingindo o tríptico conteúdo que até os dias atuais se mantém inviolável e em pleno vigor, mantendo a independência das colônias, afastando o modelo monárquico que vigia desde os tempos do colônia inglesa, passando a implantar um governo constitucional que respeita a separação dos poderes, fundado na igualdade e na supremacia da lei.

Outro momento histórico que contribuiu imensamente para a evolução do constitucionalismo foi a Revolução Francesa. Esta revolução marcou profundamente a mudança dos rumos da França e da humanidade nos períodos subsequentes¹⁶. Tudo teve início em 1594 com a ascensão de Henrique IV ao trono. Neste reinado afirmou-se o poder real e o enfraquecimento dos senhores feudais, consolidando o estado nacional como base do “*Ancien Regime*” fundado no poder absoluto do monarca¹⁷.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2020. Pag. 42.

¹⁵ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005.

¹⁶ BRAGA, Ricardo Peake. Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1ª Edição. Editora Educação, Direito e Alta Cultura. Londrina. Paraná. 2021. Pag. 28.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2020. Pag. 49.

Estas bases e formas de governar não servia mais aos franceses, que inspirados em ideias iluministas resolveram escrever uma nova história. A valorização do ser humano passa a ser o centro filosófico que desencadeou o movimento dos revolucionários franceses na noite de 14 de julho de 1789 em direção a Bastilha. Este momento foi o grande diferencial histórico que marcou, além da queda da Bastilha, a queda da Monarquia, transformando o estado absolutista em estado liberal, mudando a sociedade de feudal e aristocrata em sociedade burguesa. Com ideias iluministas o povo percebeu que não nasceu para ser pobre e dominado, mas deveriam e poderiam ser o centro do universo, com direitos e garantias fundamentais¹⁸.

Em 1791 foi assinada a Declaração dos Direitos da Humanidade, reconhecendo os Direitos Humanos que, não importa se foram regrados ou não, mas são direitos que não precisam de contemplação jurídica porque vem do direito natural e são devido a todos os homens do mundo. Isso é a conformação da Liberdade, da Igualdade e da Fraternidade, bandeira dos revolucionários. É neste momento da história que surge então a ideia do Constitucionalismo sociológico, político e jurídico que funda o Estado juridicamente e tenta controlar o poder de quem governa para garantir direitos aos cidadãos¹⁹.

Do que fora até aqui exposto, conforme explica Gomes Canotilho, temos dois tipos de constitucionalismo, um antigo, que se preocupava especialmente com o controle do poder monarca e a produzir algumas garantias fundamentais e o constitucionalismo moderno que consistiria segundo o autor:

“No movimento político, social e cultural que, sobretudo a partir de meados do século XVIII, questiona nos planos político, filosófico e jurídico os esquemas tradicionais de domínio político, sugerindo, ao mesmo tempo, a invenção de uma nova forma de ordenação e fundamentação do poder político”²⁰.

Dentro deste aspecto histórico do constitucionalismo também evoluiu a forma de atuação do estado e a classificação dos direitos em gerações²¹. As primeiras constituições do mundo trataram quase que exclusivamente da liberdade. Entendiam que a felicidade e uma vida boa seria conquistada com a liberdade tão somente²². A não intervenção do Estado é a característica principal daquele período.

¹⁸ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>. Acesso em 06/09/22 às 14 horas.

¹⁹ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>. Acesso em 06/09/22 às 15 horas.

²⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina. Pag. 52.

²¹ TOURINHO, Saul Leal. Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>. Acesso em 06/09/22 às 15:30 horas.

²² OLIVEIRA, Emerson Ademir Borges de. *Ativismo judicial e controle de constitucionalidade: Impactos e efeitos na evolução da democracia*. Editora Juruá. Curitiba. 2015. Pag. 90 a 94.

Ocorre que a história demonstrou que o ideal único de liberdade mostrou-se ineficiente com a primeira Guerra Mundial. Todos os países, praticamente destruídos, entenderam que o mais importante além da liberdade era acabar com a miséria e a fome e reconstruírem o que tinham perdido. Percebem assim, que o Estado Liberal não era mais suficiente para satisfazer as necessidades do povo. Era urgente que o Estado saísse do ostracismo e agisse, o Estado precisava entrar em ação pois somente a iniciativa privada não era suficiente para reerguer-se.

Foi nesse contexto que surgiram as constituições do México em 1917, a Constituição de Weimar de 1919 e a Constituição Brasileira de 1934, que fazem surgir o Estado do Bem Estar Social, um estado mais sensível a miséria material, o Estado começa a pensar na pobreza, na educação, nas desigualdades sociais. Saímos do Estado Liberal para um Estado Social Liberal, porque mantem-se as liberdades da primeira geração e acrescenta-se as liberdades sociais necessárias da segunda geração.

Mesmo com a evolução da sociedade como humanidade, os ideários libertários e sociais, não foram suficientes para evitar uma Segunda Guerra Mundial. A partir daí começam novamente mudar as Constituições. Elas mantêm os direitos de liberdade de expressão, livre associação e livre manifestação (Direitos de Primeira Geração), contemplam os direitos sócio econômicos e culturais (Direitos de Segunda Geração), mas vão além e criam os chamados direitos da nova geração com a ideia de paz (diplomacia), Democracia, vedação aos preconceitos, meio ambiente saudável e preservado, dentre outros tantos que são direitos pluri-individuais.

Até a Segunda Guerra Mundial, a lei era tratada como fonte quase exclusiva do direito e as constituições não possuíam força normativa já que destinavam-se exclusivamente a organização política do Estado. Com o segundo pós guerra, a constituição passa a ser percebida como a representação de um ideal moral universal e sua importância para o ordenamento jurídico é tanta que ela é considerada como sua sustentação²³. É o surgimento do chamado Neoconstitucionalismo ou Novo Direito Constitucional.

O neoconstitucionalismo surge para romper o positivismo jurídico, que acredita estar ultrapassado, e visa explicar o Estado Constitucional de Direito, negando as teses da separação entre Direito e Moral, procurando indicar uma concretização clara normativa que sofram influxos de vetores metajurídicos²⁴.

²³ ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. Judicialização da política e ativismo judicial: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 1ª edição. Editora LiberArs. São Paulo. 2020. Pag. 53.

²⁴ POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trota, 2003, p. 188.

2. O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO BASE DISCURSIVA PARA TEORIA JURÍDICA.

No Brasil o Neoconstitucionalismo apresenta como momento histórico originário a Constituição Federal de 1988 e busca explicar teoricamente o Estado Constitucional do Direito apresentando um pensamento contrário aos juspositivistas que afastavam por completo ou o máximo possível, o direito da moral. O pós-positivismo entendeu que as normas constitucionais deveriam ser interpretadas de acordo com preceitos éticos, morais, filosóficos e políticos.

Miguel Carbonell apresenta três aspectos que ajudam a definir ou indicar o papel norteador do pensamento neoconstitucionalista.

“A existência de textos constitucionais veiculadores de amplos catálogos de direitos fundamentais; a transformação nas práticas jurisprudenciais da jurisdição constitucional, com o trabalho de valores consagrados no texto, a partir da utilização de uma nova hermenêutica, com técnicas de ponderação, razoabilidade, e a perspectiva da máxima efetividade dos direitos; e o papel da doutrina”.²⁵

O ideal do neoconstitucionalismo é a busca da justiça na solução das demandas, ponderando-se as circunstâncias valorativas desta busca, valorando significativamente os princípios constitucionais, que agora passaram a ter maior normatividade e estão aptos a justificarem a decisão judicial. Ronald Dworkin, diz que os princípios possuem dimensão de peso ou importância, por meio da ponderação, que conduzem ao melhor desfecho pelo interprete no caso concreto.²⁶

A subjetividade pode em certa medida trazer insegurança jurídica tendo em consideração os valores sociais e a moralização do fenômeno jurídico. Entretanto, o Neoconstitucionalismo não deve ser confundido com o ativismo judicial, que é uma alternativa que pode se apresentar bem mais concreta a partir de uma interpretação jurídica mais propensa a normatização dos princípios constitucionais.²⁷

No modelo neoconstitucionalista o julgador não é apenas um aplicador automático da lei no caso concreto como dizia Montesquieu²⁸, ele deve buscar na norma e se não encontrar, na moral, nos princípios e no contexto social, a melhor forma de decidir com justiça. A busca pela

²⁵ CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In. GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário. Editora Dialética. São Paulo. 2022. Pág. 73.

²⁶ DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. In. GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário. Editora Dialética. São Paulo. 2022. Pág. 75.

²⁷ FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade judicial: do passivismo ao ativismo judicial. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2012. Pag. 18.

²⁸ MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. O Espírito das leis. Introdução, tradução e notas de Pedro Viera Mota. 7ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2000.

justiça e pela efetivação dos direitos fundamentais não pode encontrar óbice na lei infraconstitucional, na morosidade legislativa ou qualquer outro elemento político ou social.

“... não há como sujeitar a jurisdição ao mero controle negativo da lei. A realização da justiça, dentro do caso concreto, é a tarefa do juiz no processo, não algo já dado no preceito legal. A ideia de plenitude do ordenamento jurídico não passa de uma concepção filosófica de inspiração positivista, predominante no século XIX, mas hoje superada pelos modernos postulados da Filosofia do Direito. Daí ressaltar a importância da hermenêutica jurídica que, enquanto trabalho de descoberta, é uma atividade criativa que consiste na aplicação do conjunto sistemático de princípios e regras jurídicas ao caso concreto sempre tendo em vista, como resultado, a justiça da decisão”.²⁹

O juiz não deve ficar restrito ao texto normativo quando este for insuficiente para garantir a efetivação dos direitos fundamentais. No confronto entre a norma e a garantia de direitos fundamentais são estes que devem sobrepor-se.

Nos tempos atuais o objetivo principal do constitucionalismo clássico que era o de limitar o poder dos governantes, perde espaço e outros objetivos são buscados através de nova hermenêutica de interpretação constitucional.

“O caráter ideológico do neoconstitucionalismo é o de concretizar os direitos fundamentais, enquanto que o constitucionalismo clássico buscava limitar o arbítrio, dentro do delineamento das separação dos poderes”.³⁰

Com as ideias trazidas pelo Neoconstitucionalismo, surge a discussão sobre o novo pensamento do direito, dando ênfase a sua função social.

“No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição normativa aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional; e o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana. Nesse ambiente, promove-se uma reaproximação entre o direito e a filosofia.”³¹

É a partir do século XX que a interpretação jurídica tradicional perde força. As teorias neoconstitucionalistas buscam construir teorias que sejam compatíveis com a nova forma de interpretar o direito e a constituição em substituição ao positivismo tradicional. A teoria da argumentação e a discussão de métodos são buscados no neoconstitucionalismo para que se tenha a melhor resposta para os casos difíceis do direito, buscando a valoração prática da razão.

“Para o neoconstitucionalismo, não é racional apenas aquilo que possa ser comprovado de forma experimental, ou deduzido *more geométrico* de premissas gerais, como postulavam algumas correntes do positivismo. Também pode ser racional a argumentação

²⁹ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª Edição. Editora D'Plácido. Belo Horizonte. 2020. Pág. 395.

³⁰ FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade judicial: do passivismo ao ativismo judicial. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2012. Pag. 24.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005.

empregada na resolução das questões práticas que o Direito tem de equacionar. A ideia de racionalidade jurídica aproxima-se da ideia do razoável, e deixa de se identificar à lógica formal das ciências exatas”.³²

Como as regras não são suficientes para solucionar em abstrato todos os problemas jurídicos e também o papel do juiz não se restringe a apenas identificar a regra aplicável ao caso concreto, o juiz torna-se coparticipante do processo de criação do direito ao lado do legislador. Porém isso não significa o completo abandono de critérios racionais e objetivos em substituição pela presença subjetiva, voluntarista ou valorativa do juiz.

“No Estado Democrático de Direito, não se admite que as decisões judiciais sejam tomadas por critérios puramente emotivos ou pela citação vaga de princípios, sem a criteriosa análise do caso concreto e desacompanhada de argumentação jurídica sólida. Quanto mais vaga é a norma, maiores devem ser os ônus argumentativos do intérprete”³³.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do estudo aqui proposto restou claro que o constitucionalismo evoluiu no sentido que fosse buscado cada vez mais a transformação das sociedades através das garantias mais urgentes e necessárias para cada período transformador.

O Neoconstitucionalismo, embora possam existir algumas razões fundamentadas que renegam seu pensamento, apresenta um elemento fundamental para o desenvolvimento social, qual seja, o reconhecimento de que o direito deve se adequar de tal forma que viabilize ao máximo a garantia dos direitos fundamentais.

Os avanços sociais e culturais são fruto, na sua grande maioria, das decisões tomadas a partir de elementos filosóficos e que foram cruciais para implantar a rápida evolução dos direitos humanos, sociais e culturais. Somente o tempo dirá se estamos diante de uma nova hermenêutica jurídica adequada e suficiente para suprir a necessidade de garantir os direitos fundamentais de todos.

O Neoconstitucionalismo trouxe grandes transformações na forma de interpretar a constituição e considerável avanço no que diz respeito a garantia dos direitos fundamentais. Embora isto pareça ser uma tendência clara para a doutrina, está longe de ser uma unanimidade sua aceitação, podendo encontrar resistências doutrinárias de grande vulto, que acreditam que essa nova hermenêutica poderá trazer um déficit de representatividade no processo democrático e por consequência a imposição de uma juristocracia que viria ferir de morte o Estado

³² SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 12 de set. 2022.

³³ CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª Edição. Editora D'Plácido. Belo Horizonte. 2020. Pág. 400.

Democrático de Direito, principalmente com surgimento de decisões ativistas por parte do judiciário.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. A Política. Tradução e notas Maria Aparecida de Oliveira Silva. 1ª edição. São Paulo: Edipro.2019.

ALBUQUERQUE, Camila Leonardo Nandi de. Judicialização da política e ativismo judicial: O estado de exceção presente nas decisões do Supremo Tribunal Federal. 1ª edição. Editora LiberArs. São Paulo. 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 9ª ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2020.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. R. Dir. Adm., Rio de Janeiro, 240: 1-42. Abr./Jun. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Revolução tecnológica, crise da democracia e constituição: Direito e políticas públicas num mundo em transformação. Editora Fórum. Belo Horizonte. 2021.

BRAGA, Ricardo Peake. Juristocracia e o fim da democracia. Como uma tecnocracia jurídica assumiu o poder. 1ª Edição. Editora Educação, Direito e Alta Cultura. Londrina. Paraná. 2021.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 3ª Edição. Editora D`Plácido. Belo Horizonte. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina.

CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo: elementos para uma definição. In. GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário. Editora Dialética. São Paulo. 2022.

CONSTANTINO, Rodrigo. Pensadores da Liberdade. Editora Faro. São Paulo. 2021.

CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. A commolização do direito positivo, o ativismo judicial e a crise do estado. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/311089083_A_COMMOLIZACAO_DO_DIREITO_POSITIVO_O_ATIVISMO_JUDICIAL_E_A_CRISE_DO_ESTADO. Acesso em 20/09/2022.

DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. In. GREGÓRIO, Giovanni Galvão Vilaça. Judicialização da política e ativismo judicial: contornos democráticos da atuação do judiciário. Editora Dialética. São Paulo. 2022.

FRANCISCO, José Carlos. Neoconstitucionalismo e atividade judicial: do passivismo ao ativismo judicial. Editora Del Rey. Belo Horizonte. 2012.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ediciones Ariel, 1970.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Scondat. O Espírito das leis. Introdução, tradução e notas de Pedro Viera Mota. 7ª ed. Editora Saraiva. São Paulo. 2000.

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. Prática da pesquisa jurídica e ferramentas úteis para o pesquisador de Direito. 5ª ed. Florianópolis-SC.

PASTOR, Viciano R. y DALMAU Martinez. Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latino-americano, em AA.VV., El nuevo constitucionalismo em América Latina, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2010.

POZZOLO, Susanna. Um constitucionalismo ambíguo. In: Neoconstitucionalismo (s). Madrid: Trota, 2003.

SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. https://www.mpba.mp.br/sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/neoconstitucionalismo_-_daniel_sarmento.pdf. Acesso em 12 de set. 2022.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: 50 verbetes fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito. 2ª edição. Editora Casa do Direito. Belo Horizonte. 2020.

TOURINHO, Saul Leal. Ativismo judicial: histórico, análise e perspectivas. <https://salavirtual.pucrs.br/curso/direito-constitucional-ativismo-judicial-e-direitos-fundamentais>.

AS FRAGILIDADES DO FEDERALISMO BRASILEIRO EXPOSTAS PELO DESASTRE BIOLÓGICO DA COVID-19: A AUSÊNCIA DE MECANISMOS DE CRISE FRENTE AO PROTAGONISMO DO PODER EXECUTIVO

THE WEAKNESSES OF BRAZILIAN FEDERALISM EXPOSED BY THE BIOLOGICAL DISASTER OF COVID-19: THE ABSENCE OF CRISE MECHANISM COMPARED TO THE EXECUTIVE POWER PROTAGONISM

Letícia da Fontoura Tomazzetti¹

RESUMO

O presente trabalho possui o escopo de entender a Covid-19 como um desastre biológico e, partir disso, analisar a crise no federalismo brasileiro como um indicativo da ausência de políticas públicas, sobretudo por parte da Administração Pública quando do protagonismo do Poder Executivo na solução e prevenção de crises, gerando medidas divergentes e conflituosas entre os entes federativos. Assim, verificou-se que o Brasil carece de políticas eficazes de aplicação de medidas rápidas e eficazes, demonstrando a necessidade da inserção do Direito dos Desastres no sistema jurídico-legal. Para tanto, utilizou-se método de abordagem dedutivo e o de procedimento o histórico-comparativo, sendo que como técnica de pesquisa utilizou-se a documentação indireta.

PALAVRAS-CHAVE: Desastre Biológico; Federalismo; Medidas de prevenção e precaução.

ABSTRACT

The present paper aims to understand Covid-19 as a biological disaster and, from that on, analyze the crises of brazilian federalism as an indicative of the public policies absence, mainly by the Public Administration through the Executive Power protagonism on the solution and prevention of crises, creating divergent and conflicting measures between the federative entities. Thus, it was verified that Brazil requires effective policies of fast measures, showing the needing

¹ Mestranda em Políticas Públicas de Inclusão pelo Programa de Pós-Grauação da Universidade de Santa Cruz do Sul; Graduada em Direito pela Universidade Franciscana. Membro do Grupo de Pesquisas Direito, Cidadania e Políticas Públicas, e do Grupo de Estudos em Direito dos Desastres e Covi-19 – GEDECO. E-mail leticiatomazzetti@gmail.com

for the Disasters Law insertion into the legal system. So, it used the deductive approach method, as well as the historical procedure, and as a research technique, it used indirect documentation.

KEY-WORDS: Federalism; Biological Disaster; Prevention and precaution measures.

INTRODUÇÃO

Diante da crise de saúde e sanitária ocasionada pelo Coronavírus, um novo cenário imprescindível e novo surgiu, trazendo desafios à administração pública como um todo, na busca de conter os avanços dessa nova doença. Diante disso, fortes debates foram sendo traçados conforme o desenrolar da crise foi tomando forma, bem como estudos forma apontando maiores conclusões sobre como o vírus se prolifera, gerando diversas crises que, em muitas vezes, acabaram em debate jurídico, buscando-se no Direito uma solução aos mais diversos embates desenvolvidos.

Não obstante todas as medidas de segurança, principalmente as indicadas pela Organização Mundial da Saúde, o Governo Federal brasileiro não só adotou comprometimento isento frente à crise, como também negacionista, de forma que os demais entes federativos se viram diante do desafio de assumir o controle. Assim, é possível perceber as fragilidades do federalismo brasileiro e os novos ramos do estudo do direito que podem vir a solucionar e auxiliar os desdobramentos em tempos de crise.

Dessa forma, o presente estudo busca analisar, a partir do estudo da crise da Covid-19 como desastre biológico, as saídas encontradas pelo Supremo Tribunal Federal, diante da ausência de medidas pela União e da crise gerada no federalismo brasileiro, com a enxurrada de decretos e medidas provisórias, comparando duas medidas provisórias de municípios brasileiros que são convergentes entre si, buscando encontrar a melhor saída diante do sistema constitucional como um todo.

Assim, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, em que a partir do estudo do ramo dos Direitos dos Desastres e da identificação da problemática trazida pela Covid-19 sobre o o federalismo brasileiro, iniciou-se a identificação não só da solução adotada pelo Supremo Tribunal Federal, como também de saídas diante das disputas entre os entes federativos. Para tanto, utilizou-se o método de procedimento histórico-comparativo e a técnica de pesquisa de documentação indireta.

1. A COVID-19 COMO UM DESASTRE BIOLÓGICO: GESTÃO DE RISCO E NECESSIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO

Em 11/03/2020 a Organização Mundial da Saúde (OMS) decretou a Pandemia da Covid-19 ocasionada pela propagação em nível mundial do novo coronavírus. Com isso, a maioria dos

países do mundo tiveram de adotar medidas emergenciais para a contenção do vírus, buscando evitar um colapso em seus sistemas de saúde que poderiam vir a ocasionar um número catastrófico de mortes.

Em decorrência dessas medidas, tais como fechamento de serviços não essenciais, não só o sistema de saúde ficou em alerta, mas economia mundial também, de forma que o número de desempregos aumentou esponencialmente, bem como o nível de pobreza mundial e as desigualdades sociais, gerando muito mais efeitos na população mais vulnerável socialmente. Observando isso é que se busca entender a natureza jurídica da referida pandemia, em uma tentativa de facilitar as ações de contenção, torná-las mais efetivas, e resgatar uma nova normalidade.

Sendo assim, dadas as circunstâncias, entende-se a pandemia da Covid-19 como um desastre, uma vez que de acordo com Carvalho

A formação do sentido de desastres encontra-se numa relação semântica pendular entre: (i) causas e (ii) consequências altamente específicas e complexas, convergindo para a descrição de fenômenos socioambientais de grande apelo midiático¹⁴ e irradiação policontextual (econômica, política, jurídica, ambiental) capazes de comprometer a (iii) estabilidade do sistema social. Os desastres consistem, conceitualmente, em cataclismo sistêmico de causas que, combinadas, adquirem consequências catastróficas.²

Dessa forma, percebe-se que a Covid-19 preenche as características de Desastres acima mencionada. Assim, a atenção jurídica voltada aos desastres, subdivide-se em outras categorias para que se possa dar uma melhor atenção e tomar as medidas necessárias que, de fato, alcancem os melhores resultados na perspectiva estudada. Dessa forma, o desastre do novo coronavírus configura-se como um desastre biológico, na medida que:

Os desastres naturais são aqueles decorrentes imediatamente de fenômenos naturais, atribuíveis ao exterior do sistema social, sendo frequentemente classificados em categorias de desastres geofísicos, meteorológicos, hidrológicos, climatológicos e biológicos. [...] Note-se, portanto, que as pandemias são frequentemente passíveis de se configurarem em desastres biológicos, geralmente sob a classificação de naturais, em dicotomia aos desastres antropogênicos.³

Neste ponto, ainda, cabe mencionar que independentemente da variação conceitual de desastre, estes possuem vinculação a eventos que atingem comunidades, possuindo relação a um fenômeno social⁴ que atinge uma coletividade de pessoas e, como mencionado, os

² CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, v. 67, p. 107-145, 2012.

³ CARVALHO, Delton Winter. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19-desastre-biologico>; Acesso em: 25 out 2021.

⁴ SUGERMAN, Stephen D. Roles Of Government in Compensating Disaster Victims: Issues in Legal Scholarship. Berkeley: **The Berkeley Electronic Press**, 2006.

microsistemas sociais existentes em uma determinada sociedade como um todo. Sendo assim, conforme referido, a pandemia da Covid-19 não só gerou crises no sistema de saúde, como também econômicas e, como toda crise econômica, gerando uma perda da estabilidade sistêmica, refletindo na quebra das rotinas coletivas inerentes às comunidades⁵, acentuando as vulnerabilidades sociais, pois estas sempre se destacam quando da ocorrência de desastres naturais. Isso porque, conforme Stern⁶ os desastres estimulam ainda mais as vulnerabilidades – sociais, físicas, informacionais, entre outras – comprometendo suas sensíveis condições econômicas, principalmente em países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil.

Assim, surge a necessidade de tomadas de medidas de forma rápida e eficaz e, nesse sentido, a caracterização de direito dos desastres torna-se essencial dadas as suas características principais de multidisciplinariedade e gestão de risco. A primeira trabalha com o desenvolvimento de estratégias a partir da análise dos erros passados, buscando antecipar as medidas a serem tomadas na busca de se evitar novos resultados catastróficos. Já a segunda trata-se acerca dos esforços de mitigação do impacto do desastre e aplicação das lições de aprendizado do passado no presente.

Para tanto, na aplicação da gestão de risco, tem-se o auxílio do Princípio da Precaução, haja vista a atividade instrumentalizadora dos princípios do sistema jurídico brasileiro atual. Assim, o referido princípio atua na área da tomada de decisões acerca de riscos em contextos de incerteza científica, envolvendo a probabilidade de ocorrência de possíveis efeitos decorrentes de sua concretização⁷. Em outras palavras, esse princípio atual orientando as medidas que devem ser seguidas quando da verificação de um (possível) desastre.

Diante de toda a crise gerada e das fracassadas medidas simplórias que afirmavam ter o intuito de reduzir os impactos, a crise da covid-19 desencadeou em uma crise jurídica-política, principalmente acerca do federalismo brasileiro, gerando a necessidade não só da atuação autônoma de Estados e Municípios, como também da intervenção do Supremo Tribunal Federal (STF) para limitar os abusos de poderes por parte da Administração Pública.

2. O ENTENDIMENTO NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ACERCA DA COMPETÊNCIA CONCORRENTE NO JULGAMENTO DA MEDIDA PROVISÓRIA 926/2020

A rápida propagação do coronavírus e o crescimento exponencial da pandemia no Brasil destacou ainda mais a necessidade de cooperação e autonomia entre os entes federados do

⁵ CARVALHO, Delton Winter. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico, p. 11.

⁶ STERN, Nicholas. The Economics of Climate Change: The Stern Review. **Cambridge: Cambridge University Press**, 2008.

⁷ CARVALHO, Délton Winter de. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

Estado brasileiro. Todavia, o que se percebeu foi, na realidade, a fragilidade do federalismo presente na Constituição da República, sendo travadas inúmeras batalhas jurídicas e políticas, capazes, inclusive, de acentuar a insegurança jurídica que assola o sistema judiciário brasileiro.

Nesse novo cenário que vivencia-se foi sancionada a lei nº 13.979/2020 – que sofreu alterações decorrentes das medidas provisórias nº 926, nº 927, nº 928 e nº 951 e, mais recentemente, da Lei nº 14.035/20 - que dispõe acerca de medidas para o enfrentamento da emergência de saúde pública. Na redação legislativa, o art. 3º foi o que chamou maior atenção: ele prescreve que as autoridades poderão vir a adotar as medidas de isolamento e quarentena, além de determinar a realização compulsória de exames médicos e testes laboratoriais, vacinação e outras medidas. Ou seja, a referida legislação permite que todas as autoridades, no âmbito de sua competência, adotem as medidas restritivas que acharem mais adequadas.

Todavia, o que se percebeu quando da edição da referida lei foi uma tentativa de estabelecer estaticamente um federalismo centralizado e autoritário em nome da proteção a saúde quando, na verdade, o objetivo principal era limitar, ainda mais, as ações por parte dos Estados e Municípios. Sendo assim, o texto da lei não foi claro o suficiente, não determinando a competência exata e o que se viu (vê) na prática é uma intervenção de um ente federado na competência de outro.

Sendo assim, essa discussão acerca do conflito de competências chegou ao Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da ADI nº 6341/DF, ajuizada pelo Partido democrático Trabalhista (PDT), que insurgiu-se, basicamente, em face do referido artigo 3º e suas subsequentes alterações, questionando a centralização total das medidas apenas na União e requerendo, em sede cautelar, a suspensão da eficácia das normas ali contidas. Nesse interím, em sede de Medida Cautelar da Ação Direta de Inconstitucionalidade o STF manifestou-se afirmando:

O que nela se contém – repita-se à exaustão – não afasta a competência concorrente, em termos de saúde, dos Estados e Municípios. Surge acolhível o que pretendido, sob o ângulo acautelador, no item a.2 da peça inicial, assentando-se, no campo, há de ser reconhecido, simplesmente formal, que a disciplina decorrente da Medida Provisória nº 926/2020, no que imprimiu nova redação ao artigo 3º da Lei federal nº 9.868/1999, não afasta a tomada de providências normativas e administrativas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios.⁸

Em outras palavras, o STF reconheceu de forma expressa a competência concorrente para legislar acerca da saúde tanto a Estados-membros, quanto a Municípios. De forma sintética, o Supremo nada mais fez do que confirmar o texto previsto na própria Constituição Federal que estabelece a competência de todos os entes federados, estando incumbidos do dever de garantir

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF**. Relator: Min Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 25 out 2021.

o acesso à saúde de forma universal a toda a sociedade. No entanto, importante considerar o que menciona Dallari:

Embora a pandemia tenha trazido novos problemas e novos desafios, é certo que tanto o sistema normativo, quanto a estrutura nacional em matéria de saúde fornecem parâmetros que deveriam ser seguidos pelas autoridades responsáveis nos diversos níveis de governo. Porém, o que se tem observado, na prática, são desencontros, desajustes e conflitos ditados por mesquinhos interesses políticos e ridículas demonstrações de autoritarismo.⁹

Cabe ressaltar que, além dessa ação ajuizada perante a Suprema Corte, ainda houve outras com questionamentos semelhantes, bem como inúmeros conflitos de competência que são reflexos diretos de brigas políticas. Assim, o que se demonstra a partir disso é a fragilidade do federalismo brasileiro previsto na ordem constitucional pátria, haja vista que resta expresso que todos os entes federativos devem exercer, com autonomia, sua competência em sintonia com os demais. Conforme afirma MOTTA e GOTTI

Diálogo interinstitucional, coordenação, cooperação, articulação e sinergia são algumas das expressões utilizadas muitas vezes como sinônimos para significar a necessidade de aproximação e soma de esforços para a realização de competências administrativas que, ainda que possuam certo grau de diferenciação, se identificam na noção maior de interesse público.¹⁰

No entanto, em um sistema jurídico marcado desde sua constituição pela politização, tal sintonia não é tão simples quanto parece. Mesmo que o constituinte tenha buscado refletir as novas tendências do federalismo, este acaba por ser afetado quando da existência de situações emergenciais e novas, como é o caso do estado de emergência que se vive em decorrência da pandemia da covid-19. Diante disso e da ausência de supremacia, além de recorrente dificuldade na efetivação da sintonia entre os entes federados, percebe-se que há o comprometimento da prestação dos serviços públicos.

Existem muitos desafios para construir uma cultura de coordenação e colaboração interinstitucional. Para o Direito, os principais desafios são dimensionar e respeitar a autonomia de cada instituição e construir os modelos jurídicos de cooperação, que não se resolvem na singela dicotomia entre contratos e convênios.¹¹

Importante destacar que a referida autonomia é assegurada fundamentalmente por meio da repartição de competências – legislativas, administrativas e tributárias. No entanto, não se pode ignorar o princípio que rege a questão da competência entre os integrantes do Estado Federado, qual seja o princípio de predominância do interesse geral. Nesse sentido, em razão

⁹ DALLARI, Adilson Abreu. Autonomia municipal de crise da Covid-19. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/interesse-publico-autonomia-municipal-tempos-crise-covid-19>. Acesso em: 17 out 2021

¹⁰ MOTTA, Fabrício; GOTTI, Alessandra. Articulação: instrumento do Direito e das Políticas Públicas. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/interesse-publico-articulacao-instrumento-direito-politicas-publicas>; Acesso em: 19 de out de 2021.

¹¹ MOTTA, Fabrício; GOTTI, Alessandra. Articulação: instrumento do Direito e das Políticas Públicas.

das fortes inseguranças jurídicas aqui provocadas e do cenário catastrófico que se vivencia, é que o Supremo Tribunal Federal trouxe à cena o Direito dos Desastres, como tentativa de solucionar os conflitos gerados por uma crise de escala global que atinge a sociedade como um todo. No âmbito dos desastres, Carvalho afirma que:

O que se procura é um fluxo livre de comunicação, com as hierarquias sendo dissipadas. Em situações de crise, a informação acaba por superar a hierarquia, importando, portanto, a resposta correta, em detrimento de quem ou qual instituição estará correta. A delimitação de competência é relevante, porém esta jamais deve engessar os processos de tomadas de decisão.¹²

Para além de simplesmente fundamentar sua(s) decisão(s) em cima dos artigos discutidos no texto constitucional acerca de uma repartição de competências eficiente, com uma leitura sistêmica da própria Constituição Federal, o STF buscou, implicitamente, a aplicação do princípio da precaução, utilizando de uma interpretação ponderasse as competências dos entes em um estado de crise. Dessa forma, foi possível perceber que houve uma preocupação, por parte da Suprema Corte, em relação a proteção da população brasileira no que tange a atuação pública na área da saúde. Assim, infere-se que a distribuição de competências, que antes se autorregulava por meio da arquitetura política, demonstra sua fragilidade ante a situação caótica que exige ações meticulosas e certeiras, em que a existência de sintonia entre os entes da federação torna-se imprescindível.

Ocorre que, o que se viu no cenário pandêmico foi a prevalência da autonomia dos entes federados ante uma política negacionista por parte de quem deveria proferir as orientações gerais de combate à propagação do vírus, uma tentativa de eximir-se de sua verdadeira responsabilidade, que somente geram maior atraso na busca e efetivação de uma solução e agravam as vulnerabilidades sociais e situações econômicas e, principalmente, de saúde.

3. A POLITIZAÇÃO DA PANDEMIA E O EXORBITANTE NÚMERO DE DECRETOS EXECUTIVOS: O CONFLITO DE POLÍTICAS DE PREVENÇÃO FRENTE A AUSÊNCIA DE UMA POLÍTICA UNITÁRIA NACIONAL

Diante das mencionadas fragilidades no federalismo brasileiro, em razão da tentativa os entes públicos de se eximirem tanto de suas responsabilidades enquanto administração pública, quanto de sua possível futura responsabilização pela adoção de medidas tomadas. Nesse cenário, foi possível verificar a presença de um fenômeno que tomou conta das decisões administrativas: o show performático de medidas que, por vezes, sequer possuíam qualquer aval científico na contenção do vírus.

¹² CARVALHO, Delton Winter. **Direito dos Desastres**.

Assim, conjuntamente a performatividade, o que se viu foi a promulgação de inúmeros decretos, nem sempre eficazes e efetivos no combate à crise de sanitária, que e sua grande maioria conflitam entre si, muitas vezes com base em “achismos” e com fundamento em disputas e brigas ideológicas. De acordo com a plataforma Lei Municipais, até outubro de 2021 foram criadas 47.790 leis e decretos municipais e 2.210 estaduais (2021), a necessidade dos demais entes federativos utilizarem de sua autonomia na tentativa de contenção do coronavírus.

Nesse sentido, quando da insistência da União, por meio do Governo Federal em eximir-se de estipular mecanismos de prevenção, os demais entes federativos tiveram de assumir o controle, editando medidas provisórias que, em muitas vezes, não só feriam as próprias determinações federais, como também conflitavam entre si. Ocorre que, nesse cenário de ampla necessidade de liberdade aos estados e municípios, conjuntamente com a forte presença de performatividade, diante do cenário de oportunismo político, alguns decretos publicados chamam a atenção.

Para tanto, parte-se à análise do Decreto Municipal 3.701, de 07 de abril de 2020, no Município de Sarandi, no Estado do Rio Grande do Sul, em que foi estipulado sete dias de oração contra a pandemia de conoravírus, em que os moradores deveriam invocar “o nome do Senhor Jesus Cristo para que Ele nos traga livramento e nos conduza em tudo”¹³. Tal iniciativa ignora todos os preceitos constitucionais, bem como direitos fundamentais, tais quais o da laicidade do Estado Brasileiro, além de tratar-se de um simples apelo político na busca de demonstrar que algo havia sido feito em prol do município.

Diante disso, a crise de saúde e sanitária que se enfrenta demonstra a adoção de políticas autoritárias, que ultrapassam garantias fundamentais, sob a justificativa de contenção da transmissão do vírus. Nesse ponto, Leal afirma que:

É fácil compreendermos isto na medida em que se afigura mais confortável fazer aprovar medidas de exceção do que questionar porque elas são necessárias, além do que, ao poder instituído garante protagonismo de ação e reação, o que sem dúvidas não é suficiente, pois tão somente mostra o que autoridades públicas podem fazer (atacando as consequências e deixando de lado as causas) em vez de estarem inertes.¹⁴

Diante disso, Leal¹⁵ ainda ressalta que a inexistência de limites normativos a essa governabilidade e a tolerância a todo e qualquer ato estatal em prol do restabelecimento da ordem social pode vir a ser fomentado sentimentos de medo, pânico e pavor na população, de

¹³ LEIS MUNICIPAIS. Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu Município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (Covid-19). Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>; Acesso em: 19 out 2021.

¹⁴ LEAL, Rogério Gesta. Tempos de (des)ordem: limites de contenções. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/rogerio-gesta-leal-tempos-desordem-limites-contencoes>; Acesso em: 19 out 2021.

¹⁵ LEAL, Rogério Gesta. Tempo de (des)ordem: limites de contenções.

forma a invocar poderes extraordinários de gestão. Assim, entende-se que as disposições jurídicas é que devem pautar as respostas governamentais às emergências sociais, determinando que quaisquer que sejam as respostas dadas, estas devem estar sustentadas nos comandos constitucionais e, ainda, a partir de uma sistemática constitucional das normas que regem o ordenamento.

Não obstante tal cenário preocupante, de forte protagonismo do Poder Executivo, a autonomia dos demais entes federativos, se demonstrou importante nas medidas de prevenção quando bem aplicadas. O Município de Araraquara, em contrariedade a toda e qualquer orientação advinda do Governo Federal, por meio do decreto nº 12.490 de 19 de fevereiro de 2021 – e prorrogado pelos decretos nº 12.491 de 23 de fevereiro de 2021 e nº 12.494 de 25 de fevereiro de 2021 - decretou o chamado *lockdown*, de forma que todos os serviços não essenciais foram suspensos, incluindo o transporte público e os supermercados. Dois meses após, tal medida drástica resultou em uma queda de 74% na média nível de casos de Covid-19, além da diminuição de 60% nas internações¹⁶.

Tais discrepâncias entre os entes federativos da nação ocorrem por conta da ausência de uma política nacional coerente e ágil que oriente as respostas da administração pública, por meio de medidas eficazes que possuam base em estudos científicos, sendo o ponto de referências às medidas a serem tomadas. Assim, apesar de autonomia ser imprescindível ao sistema brasileiro, verifica-se a necessidade de que haja medidas e orientações gerais no tratamento de crises. Diante disso, percebe-se a ausência de sintonia política no sistema político-jurídico brasileiro, dificultando de maneira incisiva no andamento das ações necessárias para a eficiência na contenção da crise.

Sendo assim, foi possível perceber que a autonomia de estados e municípios pode vir a facilitar a contenção da pandemia, uma vez que é capaz de considerar os riscos e particularidades locais, adaptando as políticas gerais aos seus contextos, sobretudo em um país de extensão territorial continental como é o Brasil. Nesse ponto, cabe ressaltar que a importância da sobreposição de medidas dos demais entes federativos da Nação, não exime o Governo Federal de suas responsabilidades para traçar diretrizes e orientações gerais, com um plano nacional eficaz, diferente do que se percebe na prática, em que este prefere eximir-se e adotar comportamentos negacionistas.

Dessa forma, a presença de dois decretos amplamente contraditórios, ou sem medidas eficazes, demonstra que o Brasil não possui a gestão de risco adequada, com a correta aplicação

¹⁶ G1. **Dois meses após confinamento, Araraquara tem queda de 74% na média móvel de casos de Covid-19.** 22 de abril 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2021/04/22/dois-meses-apos-confinamento-araraquara-tem-queda-74percent-na-media-movel-de-casos-de-covid-19.ghtml>; Acesso em: 19 out 2021.

dos princípios das precaução e prevenção, razão pela qual se demonstra necessária a introdução dos estudos do Direito dos Desastres dentro da Administração Pública. Não obstante a imprevisibilidade do desastre biológico da Covid-19, a enxurrada de decretos demonstra que sequer o ordenamento jurídico do Estado Brasileiro se encontra preparado para lidar com fortes crises, sejam elas da natureza que forem.

Diante disso, enquanto não houver mecanismos eficazes de enfrentamento de crises, não só no sistema jurídico brasileiro, como também no âmbito da promoção de medidas eficazes por parte do Poder Executivo, através de Políticas Públicas de Inclusão, que sejam capazes de olhar para as particularidades de cada região, os desastres serão sempre catastróficos e de difícil reparação e reestabilização da sociedade afetada como um todo.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A não assunção de orientações e medidas gerais pelo governo federal brasileiro, com a preferência da imissão de suas responsabilidades e adoção de comportamentos negacionistas, culminou na necessidade de estados e municípios adotarem medidas na busca pela contenção das drásticas consequências advindas da Covid-19. Com isso, desencadeou-se uma crise política-jurídica no que tange ao federalismo brasileiro, expondo suas fragilidades e insuficiências.

Ocorre que tais conflitos saíram do mundo dos fatos e adentraram no mundo jurídico, sobretudo com as demandas acerca das hierarquias e constitucionalidades das normas, bem como das competências constitucionais, tendo sido necessário suscitar a presença do Supremo Tribunal Federal com a intenção de identificar as competências dos decretos e medidas provisórias, em um momento que exgiu forte protagonismo do Poder Executivo. A partir da identificação da autonomia dos demais entes federativos na edição de normas com medidas que visem conter o avanço do coronavírus, o que se viu, na prática, foi também uma pandemia de decretos que muitas vezes convergiam entre si.

Diante disso, ao analisar a discrepância entre dois decretos municipais, um do Município de Sarandi e outro do Município de Araraquara, foi possível perceber que, não obstante a importância da tomada de controle por meio dos entes federativos, muitas normas editadas se valeram da justificativa de contenção do vírus em prol de atitudes autoritárias e inconstitucionais, muitas vezes motivadas por brigas e contextos políticos. Assim, a partir da análise do direito dos desastres e de suas metodologias no enfrentamento de crises foi possível perceber que o sistema brasileiro não só não se encontra preparado para lidar com tamanhas crises e imprevisibilidades, como também que não possui qualquer mecanismo de resposta a estes eventos, identificando-

se, portanto, a necessidade de inserção desse ramo do Direito nos estudos relativos às ações da Administração Pública.

Dessa forma, apesar de haver a necessidade de que se analise as condições socioculturais locais, sobretudo em um país de extensão territorial continental como o Brasil também é necessário que haja medidas com orientações gerais, de liderança colaborativa, em cenários de crise. Portanto, apesar das fragilidades no federalismo brasileiros demonstradas, ainda assim entende-se que adoção do entendimento de sobreposição do princípio da autonomia de estado e municípios foram importantes para definir um norte nas medidas de contenção do Covid-19, uma vez que a União, representada pelo Governo Federal, procurou eximir-se de suas responsabilidades.

REFERÊNCIAS

ARARAQUARA. **Decreto 1.490 de 19 de fevereiro de 2021**. Araraquara, São Paulo: Prefeito Municipal [2020]. Disponível em: <http://www.araraquara.sp.gov.br/boletim/12490.19fev21DISPEMEDIDASCOMPLEMENTARES AODECRETO12485.pdf>; Acesso em: 25 out 2021.

ARARAQUARA. **Decreto 1.491 de 23 de fevereiro de 2021**. Araraquara, São Paulo: Prefeito Municipal [2020]. Disponível em: <http://www.araraquara.sp.gov.br/boletim/1.pdf>; Acesso em: 25 out 2021.

ARARAQUARA. **Decreto 1.494 de 25 de fevereiro de 2021**. Araraquara, São Paulo: Prefeito Municipal [2020]. Disponível em: <http://www.araraquara.sp.gov.br/boletim/12494.25fev21AlteraDecreton12.490.pdf>; Acesso em: 25 out 2021.

BECK, Matheus. **Prefeitura de Sarandi decreta sete dias de oração contra pandemia de coronavírus**; 09 de abril 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2020/04/09/prefeitura-de-sarandi-decreta-sete-dias-de-oracao-contr-pandemia-de-coronavirus.ghtml>; Acesso em: 19 out 2021.

BRASIL. **Lei 13.979 de 06 de fevereiro de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República, [2020]. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm. Acesso em: 25 out 2021.

BRASIL. **Lei 14.035 de 11 de agosto de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República [2020]. Altera a Lei nº 13.979 [...]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l14035.htm. Acesso em: 25 out. 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv926.htm. Acesso em: 25 out 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927 de 22 de março de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv927.htm. Acesso em: 25 out 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 928 de 23 de março de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República [2020]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv928.htm. Acesso em: 25 out 2021.

BRASIL. **Medida Provisória nº 951 de 15 de abril de 2020**. Brasília, DF, Presidência da República [2020]. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Mpv/mpv951.htm. Acesso em: 25 out 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341/DF**. Relator: Min Marco Aurélio, 24 de março de 2020. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6341.pdf>. Acesso em: 25 out 2021

CARVALHO, Délton Winter de. Por uma necessária introdução ao direito dos desastres ambientais. **Revista de Direito Ambiental**, v. 67, p. 107-145, 2012.

CARVALO, Délton Winter de. **Direito dos Desastres**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

CARVALHO, Delton Winter. A natureza jurídica da pandemia da Covid-19 como um desastre biológico. **Revista Consultor Jurídico**, 21 de abril de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-21/direito-pos-graduacao-natureza-juridica-pandemia-covid-19-desastre-biologico>; Acesso em: 25 out 2021.

DALLARI, Adilson Abreu. Autonomia municipal de crise da Covid-19. **Revista Consultor Jurídico**, 25 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-25/interesse-publico-autonomia-municipal-tempos-crise-covid-19>. Acesso em: 17 out 2021.

G1. **Dois meses após confinamento, Araraquara tem queda de 74% na média móvel de casos de Covid-19**. 22 de abril 2021. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-carlos-regiao/noticia/2021/04/22/dois-meses-apos-confinamento-araraquara-tem-queda-74percent-na-media-movel-de-casos-de-covid-19.ghtml>; Acesso em: 19 out 2021.

LEAL, Rogério Gesta. Tempos de (des)ordem: limites de contenções. **Revista Consultor Jurídico**, 30 de março de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-30/rogerio-gesta-leal-tempos-desordem-limites-contencoes>; Acesso em: 19 out 2021.

LEIS MUNICIPAIS. **Tenha conhecimento das Leis criadas pelo seu Município e Governo do Estado, a respeito do novo Coronavírus (Covid-19)**. Disponível em: <https://leismunicipais.com.br/coronavirus>; Acesso em: 19 out 2021.

MOTTA, Fabrício; GOTTI, Alessandra. Articulação: instrumento do Direito e das Políticas Públicas. **Revista Consultor Jurídico**, 11 de fevereiro de 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-11/interesse-publico-articulacao-instrumento-direito-politicas-publicas>; Acesso em: 19 de out de 2021.

STERN, Nicholas. The Economics of Climate Change: The Stern Review. **Cambridge: Cambridge University Press**, 2008.

SUGERMAN, Stephen D. Roles Of Government in Compensating Disaster Victims: Issues in Legal Scholarship. Berkeley: **The Berkeley Eletronic Press**, 2006.

DIREITO AMBIENTAL E O PAGAMENTO POR SERVIÇOS AMBIENTAIS PELOS MUNICÍPIOS BRASILEIROS

ENVIRONMENTAL LAW AND PAYMENT FOR ENVIRONMENTAL SERVICES BY BRAZILIAN MUNICIPALITIES

Giovani Corralo¹

Victória Tramontini²

RESUMO

A presente pesquisa estuda o instituto do pagamento de serviços ambientais e a sua aplicação nos municípios brasileiros. Trata-se de temática relevante a fim de concretizar o direito fundamental ao meio ambiente. Utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental. Para tanto, estuda-se o direito ao meio ambiente enquanto direito fundamental e, na sequência, o pagamento de serviços ambientais na legislação federal e estadual. Conclui-se pela afirmação do pagamento de serviços ambientais como importante instrumento a ser utilizado pelos municípios a fim concretizar o direito fundamental ao meio ambiente.

PALAVRAS-CHAVES: direitos fundamentais; meio ambiente; município; pagamento de serviços ambientais; sustentabilidade.

ABSTRACT

The present research studies the institute of payment for environmental services and its application in Brazilian municipalities. This is a relevant theme in order to materialize the fundamental right to the environment. The deductive method and bibliographic and documentary research are used. Therefore, the right to the environment is studied as a fundamental right and, subsequently, the payment of environmental services in federal and state legislation. It concludes by affirming the payment of environmental services as an important instrument to be used by municipalities in order to realize the fundamental right to the environment.

KEYWORDS: environment; fundamental rights; municipalities; payment for environmental services; sustainability.

¹Advogado. Especialista em Advocacia Municipal pela UFRGS. Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Professor da graduação e programa de mestrado em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo e dos programas de mestrado da Universidade Agostinho Neto e Universidade 11 de Novembro – Angola. E-mail: gcorralo@upf.br.

² Estudante em Ciências Sociais e Jurídicas pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista de iniciação científica CNPQ/UPF. E-mail: victoria.tramontini@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa estuda o pagamento por serviços municipais no Brasil, mais especificamente pelos municípios brasileiros. Trata-se de temática extremamente relevante, uma vez que dialoga com a concretização do direito fundamental ao meio ambiente. Utiliza-se o método dedutivo e a pesquisa bibliográfica e documental.

Para a resolução da problemática, analisa-se o direito fundamental ao meio ambiente, expressamente previsto na Constituição Federal de 1988. Na sequência perpassa-se o pagamento por serviços ambientais na legislação federal e estadual, como também a sua viabilidade jurídica nos municípios brasileiros.

A promoção da sustentabilidade e a efetivação do direito fundamental ao meio ambiente é uma tarefa não somente do Estado brasileiro, em todos os níveis, mas de toda a sociedade. É por esse motivo que é preciso delinear institutos jurídicos que estimulem as pessoas físicas e jurídicas para a concretização desse desiderato, no qual se enquadra o pagamento por serviços ambientais.

1. DIREITO AO MEIO AMBIENTE: DIREITOS FUNDAMENTAIS E PACTO FEDERATIVO

Os direitos fundamentais, presentes no Título II na CRFB de 1988, tratam da prestação de serviços essenciais à existência e ao desenvolvimento da pessoa³, constituindo um rol de promessas referentes aos serviços e bens. De acordo com Slaibi Filho⁴, para abranger tantas demandas é evidente que não se esgotam todas as declarações em um único título, assim, vê-se direitos e garantias espalhados pelo texto constitucional.

Em síntese a Bobbio⁵, os direitos integram a busca do indivíduo pela democracia e a paz. Desse modo, o campo teórico dos direitos fundamentais institui as dimensões funcionais, as quais são estabelecidas como primeira, segunda e terceira dimensão, segundo Canotilho⁶ a fim de proporcionar melhor compreensão sobre os direitos fundamentais.

Os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à liberdade de expressão e religião, bem como à participação política estão inclusos na primeira dimensão, fazendo referência às

³ MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021.

⁴ FILHO, Nagib Slaibi. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 38.

⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 92-94.

⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14 reimp. Manuais Universitários, 1941, p. 1395.

liberdades negativas clássicas, logo, incluem-se como direitos fundamentais e são reconhecidas pela Constituição.

Assegurando a igualdade material, os direitos de segunda dimensão abrangem as normas consideradas de direito coletivo. Sendo assim, correspondem aos direitos à saúde, educação, trabalho, habitação, previdência social e assistência social, com isso, denominados como liberdades positivas, a plenitude de seus efeitos envolve a interposição do legislador⁷ são consideradas normas “não auto-executáveis”.

No que tange a terceira dimensão, incluídos ao princípio da fraternidade e solidariedade, tem como objeto chave segundo Bianchi⁸, a igualdade. Envolto na Constituição Federal, os direitos individuais ou coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos, presentes em todo o texto constitucional, atuam em consonância e o direito fundamental opera na esfera de proteção do indivíduo⁹.

Salienta-se que os direitos fundamentais atuam como uma forma de tutela à dignidade da pessoa humana, logo, faz-se essencial uma aplicabilidade imediata quanto aos conceitos explícitos consagrados na Constituição, possuindo como objetos imediatos os direitos constantes na primeira, segunda e terceira dimensão.

Consoante a isso, Paulo Bonavides¹⁰ define que as normas faltosas à regulamentação são denominadas como direito implícito, em que requer a teorização como uma forma de fixar o destino do Estado, a normativa guiada pela doutrina e aplicada através do magistrado, tem como objetivo preservar os princípios e regimes expostos na Constituição.

Desse modo, tais normas fazem parte do conceito de direito subjetivo, em que necessita de via interpretativa para complementação da norma, com o objetivo de concretizar a proteção da liberdade¹¹ e assegurar que as leis não sejam arcaicas diante da modernidade. Como exemplo, vê-se a atuação e conformidade da norma com os objetivos de desenvolvimento sustentável estabelecidos pela Organização da Nações Unidas¹².

No que tange a Constituição brasileira, a tal estabelece critérios para a preservação da normativa já estabelecida e efetivação dos direitos fundamentais, evidenciando a norma não auto-executável, uma vez que a própria reconhece e determina a possibilidade através de lei.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Livraria do Advogado, 2012, p. 289-292.

⁸ BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 201-202.

⁹ QUIROGA LAVIE, Humberto. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993, p. 123.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011, p. 375-376.

¹¹ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 258.

¹² Organização das Nações Unidas. **Sobre o nosso trabalho para alcançar os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil**. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs> Acesso em: 10 de outubro de 2022.

Levando em consideração os aspectos citados, o reconhecimento dos direitos demonstra que a participação em um sistema complexo e plural é coordenada com outros direitos e bens protegidos pela Constituição que, embora tenham ênfase em seu artigo 5º, 6º e 7º, encontram-se espalhados em todo o texto constitucional.

Desse modo, o direito ao meio ambiente preservado se encaixa no direito subjetivo de terceira dimensão na Constituição Brasileira, trata-se de um direito importante, pois o meio ambiente está diretamente ligado à qualidade de vida, visto que esta só pode ser garantida se o ecossistema estiver ecologicamente equilibrado, ou seja, não poluído.¹³ Em concordância a Antunes, faz-se essencial um sistema de proteção ambiental e a constitucionalização do zelo em relação ao patrimônio ecológico nacional.

Segundo Melo¹⁴, é clara a associação do constituinte ao ambiente equilibrado ligado ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana, sendo parte de um dos mais significativos direitos fundamentais¹⁵. Considerado como um bem jurídico, o meio ambiente¹⁶ está ligado ao direito à vida e, como dito anteriormente, afetam também o desenvolvimento econômico. Consequentemente, protegê-los torna-se essencial¹⁷.

Consoante a isso, o ordenamento jurídico estabelece uma organização para proteção dos direitos fundamentais, um conjunto de regras denominado pacto federativo. O pacto busca dividir as responsabilidades entre União e demais entes federativos, tendo duas competências: material ou administrativa e legislativa, sendo esta primeira subdividida em exclusiva (art. 21 e seus incisos seguintes, CF/88) e comum (art. 23, CF/88).

No que se refere à matéria ambiental, as regras estão previstas na CF/88 em seu art. 23, VI e VII¹⁸, com a competência material comum aos entes federativos, zelar e proteger, tudo que envolve o ecossistema, enquanto o art. 24, VI e VIII¹⁹, traz a competência legislativa concorrente, portanto, todos os entes podem atuar juntamente²⁰ à competência administrativa com o objetivo de gerir seus interesses além da atuação legislativa.

¹³ MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014, p. 155-156.

¹⁴ MELO, Fabiano. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017, p. 4 s

¹⁵ RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

¹⁶ OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

¹⁷ ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 9).

¹⁸ Art. 23, CF: É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

¹⁹ Art. 24, CF: Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

²⁰ PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020, p. 411.

Dessa forma, há todo um campo que é comum no plano administrativo, como objetivo de atuar na pauta coletiva, a atribuição de tais competências a todos os entes federativos, torna-os responsáveis pela fiscalização do cumprimento das leis, independentemente da origem.

Nesse ínterim, como forma de descentralizar, a norma tem o objetivo de cooperação entre os entes federativos, pois os Estados-membros, os Municípios e o Distrito Federal podem legislar, desde que não sobressaiam a limitação constitucional.

Portanto, na legislação ambiental é atribuída a competência comum, ou seja, a competência de uma entidade não exclui a competência de outra. Assim, evidencia-se o pacto federativo ecológico que oportuniza a atuação em conjunto dos entes federativos, com o propósito de consagrar as leis ecológicas. Nesse hiato, os artigos em que a União estabelece normas gerais, terão os Estados, competência legislativa plena (Art. 24, §3º, CF/88²¹) e atenderem suas necessidades²².

Vê-se a grande participação da lei 6.938/81, uma vez que a Política Nacional do Meio Ambiente divide e viabiliza a autonomia por parte das entidades federadas, em destaque os municípios, com autorização para atuar na esfera administrativa e legislativa, há maior precisão em verificar violações às normas ambientais e adequar as normas de tema ambiental com base na necessidade local.²³

Ao que se refere a capacidade de editar leis, há competência legislativa privativa da União para as águas, jazidas, minas, outros recursos minerais e atividades nucleares de qualquer natureza, reforçando que a competência privativa não afasta a competência material, com o poder de fiscalização dos Estados e Municípios.

Aos Estados, sua autonomia para, em matéria de competência legislativa, atuar concorrente à União, suplementando normas gerais editadas, como também, em competência material exercer o poder de polícia ambiental do Estado. Então, levando em consideração sua realidade, tais competências atribuem a norma específica em seu território em concordância às normas federais e atuam diretamente na fiscalização ambiental.

A Política Nacional do Meio Ambiente, regulamentada sob a lei número 6.938/81²⁴, especificando tais atribuições em âmbito estadual, traz um papel importante à proteção

²¹ Art. 24, § 3º, CF/88: Inexistindo lei federal sobre normas gerais, os Estados exercerão a competência legislativa plena, para atender a suas peculiaridades.

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 20.

²³ TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 63.

²⁴ Art. 1º, lei nº 6.938/81: Esta lei, com fundamento nos incisos VI e VII do art. 23 e no art. 235 da Constituição, estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, constitui o Sistema Nacional do Meio Ambiente (Sisnama) e institui o Cadastro de Defesa Ambiental.

ambiental, viabiliza a compatibilização do desenvolvimento socioeconômico com a utilização racional dos recursos ambientais, ou seja, estabelece a exploração em meios que garantam a qualidade da vida e espécie ambiental. Sendo assim, auxilia a União, Estados e os Municípios na fiscalização e na promoção de programas e ações integradas à proteção e gestão ambiental²⁵.

Quanto à competência dos municípios, o artigo 30 e seus incisos da Constituição Federal de 1988²⁶ atribuem às competências administrativa e legislativa. Portanto, a atuação em assuntos de interesse local, na execução das normas da Política Nacional e Estadual de Meio Ambiente e demais normas estaduais relacionadas à proteção do meio ambiente, reforçam a competência legislativa municipal.

A atribuição da lei complementar nº 140/2011²⁷, trouxe como objetivo a ação de cooperação junto ao pacto federativo ecológico, pretende-se garantir o desenvolvimento sustentável, integrando todas as políticas governamentais. Segundo Antunes, trata-se de uma oportunidade para o federalismo cooperativo funcionar, tornando a proteção ambiental concreta.

28

A qual trouxe como pauta as competências administrativas do licenciamento ambiental, atribuindo à União a promoção do licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades localizados ou desenvolvidos conjuntamente no Brasil ou em país limítrofe, enquanto aos Estados, compete o licenciamento ambiental de atividades ou empreendimentos que estão localizados em áreas de conservação instituídas pelo qual, exceto em áreas de proteção ambiental. Já aos Municípios, destinados à promoção do licenciamento ambiental em seu território²⁹.

²⁵ OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 307.

²⁶ Art. 30. Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; [...]

IX - promover a proteção do patrimônio histórico-cultural local, observada a legislação e a ação fiscalizadora federal e estadual.

²⁷ Art. 1º, Lei Complementar nº 140/2011: Esta Lei Complementar fixa normas, nos termos dos incisos III, VI e VII do caput e do parágrafo único do art. 23 da Constituição Federal, para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios nas ações administrativas decorrentes do exercício da competência comum relativas à proteção das paisagens naturais notáveis, à proteção do meio ambiente, ao combate à poluição em qualquer de suas formas e à preservação das florestas, da fauna e da flora.

²⁸ CHIAPPINI, Gabriel. **Congresso derruba vetos a incentivos para pagamento por serviços ambientais**. Revista EPBR, 1º de junho de 2021. Seção Congresso, Transição Energética. Disponível em: <https://epbr.com.br/congresso-derruba-vetos-a-incentivos-para-pagamento-por-servicos-ambientais/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

²⁹ FIGUEIRA, Paulo Sérgio Sampaio. **Lei Complementar 140 e a delegação de competência**. Revista Direito Ambiental.Com, Agosto de 2021, p. 1.

Com ênfase à fiscalização ambiental, a lei citada busca afirmar o entendimento da doutrina. Sendo assim, a atribuição da competência sobre todos os entes, embora não sejam o órgão licenciado, e reforça a definição de competência comum³⁰.

Percebe-se que as atribuições se tornam semelhantes no âmbito de cada ente, visto que a autonomia ampla busca a máxima efetivação das normas de direito ambiental, ou seja, a proteção ecológica eficaz. Sendo assim, a fiscalização visa, através de suas atribuições, monitorar e impedir que a falta de informação ou a prática de atos já determinados como gravosos ao Meio Ambiente venham a ser executados.

2. PAGAMENTO DE SERVIÇOS AMBIENTAIS NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA E NOS MUNICÍPIOS

Observada toda a metodologia e recomendações inseridas pela Constituição Brasileira de 1988, vê-se a viabilização para implementação das políticas ambientais. Entretanto, a construção de todo o viés normativo instruindo a proteção ambiental não é suficiente, visto que há um crescente número de poluição por conta do uso excessivo da biodiversidade, consequentemente, acarreta a extinção³¹.

Como forma de combater a problemática, o Código Florestal traz a premissa de incentivar ao invés de punir, o qual busca recompensar quem atua na causa. Segundo Altmann³², baseia-se na pessoa como protetora-recebedora ao invés de poluidora pagadora, com o objetivo de produzir práticas positivas referente a conservação do meio ambiente. Portanto, em seu artigo 41³³, há o reforço da retribuição, monetário ou não, das atividades feitas em prol da conservação e melhoria do meio ambiente, gerando serviços de forma cumulativa ou isolada.

Consoante a isso, em 2021 houve a implementação efetiva dessa ideia exposta no Código Florestal, pela lei de nº 14.119, há a implementação da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA)³⁴, que utiliza como estratégia o incentivo a preservação do meio ambiente, incluindo o meio ambiente natural e artificial já citado anteriormente. Com isso, a

³⁰ MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, p. 75.

³¹ SANTOS, Marco Aurélio dos. Poluição do meio ambiente. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017, p. 1.

³² ALTMANN, Alexandre; DE SOUZA, Luiz Fernando; STANTON, Márcia Silva. **Manual de apoio à atuação do Ministério Público: pagamento por serviços ambientais**. 1. ed. Porto Alegre: Andrefc.com Assessoria e Consultoria em Projetos, 2015, p. 51-52.

³³ Art. 41, lei nº 4.771: Os estabelecimentos oficiais de crédito concederão prioridades aos projetos de florestamento, reflorestamento ou aquisição de equipamentos mecânicos necessários aos serviços, obedecidas as escalas anteriormente fixadas em lei.

³⁴ FARENZA, Cláudia. **O que é pagamento por serviços ambientais e como funciona?** Disponível em: <https://advambiental.com.br/pagamento-por-servicos-ambientais/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

política estabelece como objeto a manutenção, melhora ou, em casos mais graves, a recuperação³⁵.

Em síntese, como o principal tema da política, a qual traz o pagamento por serviços ambientais, que consiste em uma transação necessariamente voluntária, sendo autorizado de forma monetária, apenas se a atuação do ativista estiver de acordo com o termo de conduta estabelecido pelos órgãos ambientais, ou, por oferta de benefícios sociais, sendo considerados forma de incentivo. Portanto, os respectivos benefícios são variados e são positivos para a sociedade no geral.

Consoante a isso, a lei exemplifica em seu artigo 3º ³⁶ as modalidades de pagamento, como citado anteriormente, presente em seu I ³⁷ inciso, podendo o qual ser de forma monetária ou não, como também exercendo melhorias sociais a comunidade, constante no inciso II³⁸, o que demonstra a atribuição de competência da norma junto aos órgãos municipais.

Outra modalidade referida, está no inciso III³⁹ do artigo, denominada como compensação vinculada ao certificado de redução de emissão e desmatamento, o qual tem por finalidade estabelecer um critério positivo à empresa, um “plus” que sinaliza o fornecimento de serviços/produtos sérios ao mercado.

Dentre os citados, no inciso IV⁴⁰ do artigo supra, é os *green bonds*, têm a finalidade como título de dívida, entretanto, destinados especificamente aos investimentos sustentáveis. Em seu artigo, Maróstica⁴¹, evidencia o uso de *green bonds* em diversas áreas associadas que atuam com a produção através da exploração do ecossistema, com sua padronização, viabilizando projetos relacionados à biodiversidade.

No que se refere ao comodato, presente no inciso V⁴², a norma busca realizar o empréstimo gratuito de um bem que sirva para a produtividade empresarial que tenha a intenção clara de preservação ambiental e a Cota de Reserva Ambiental, trata-se de um título normativo instituída pelo Código Florestal que busca representar a área com excesso de reserva legal, onde o proprietário tem a autorização para regulação.

³⁵ MEDEIROS, Rozélia. **Pagamento Por Serviços Ambientais (PSA)**. Portal de Educação Ambiental..

³⁶ Art. 3º, Lei 14119/2022: São modalidades de pagamento por serviços ambientais, entre outras:

³⁷ Art. 3º, inciso I, lei 14119/2022: pagamento direto, monetário ou não monetário;

³⁸ Artigo 3º, inciso II, lei 14119/21: prestação de melhorias sociais a comunidades rurais e urbanas;

³⁹ Artigo 3º, inciso III, lei 14119/21: compensação vinculada a certificado de redução de emissões por desmatamento e degradação;

⁴⁰ Artigo 3º, inciso IV, lei 14119/21: títulos verdes (green bonds);

⁴¹ MAROSTICA, Sandro Teixeira. **Green Bons e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo, 2019, p. 32.

⁴² Artigo 3º, inciso V, lei 14119/21: comodato;

Nesse hiato, como público-alvo, as pessoas ativistas na causa ambiental podem requerer o pagamento por serviços ambientais, dispostos na lei como voluntários, abrangendo tanto a pessoa física quanto jurídica, que tem como objetivo principal minimizar os impactos ambientais em sua produção. Nesta mesma linha, enquadra-se como um segundo demandante o próprio governo, atuando em nível federal, estadual e municipal, buscando viabilizar os direitos através de normas.⁴³

A Lei nº 14.119 de 2021, também instituiu o Cadastro Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (CNPSA), presente no Capítulo I, instituiu uma forma de regulamentação e controle dos beneficiários, sendo completamente viável. Presente também na Seção I, o Programa Federal de Pagamento por Serviços Ambientais que tem como objetivo efetivar a norma. Ou seja, é regulamentado o controle de quantidade de beneficiários e a utilização do pagamento como promoção desse desenvolvimento ambiental, social e econômico, juntamente com as leis que integram a proteção ambiental. O qual, busca orientar os beneficiários, assim como estipular as áreas que devem ser conservadas.

Observa-se os critérios para a aplicação desse programa, presentes em seu artigo 4º da referida lei, como objeto, especifica-se as áreas cobertas com vegetação nativa, reservas, terras indígenas, paisagens turísticas e áreas proibidas de pesca. Ou seja, a finalidade do qual é a coordenação dos requerentes ao benefício, estipulando que há um limite territorial que necessita de cuidados. Portanto, engloba a pesca, agricultura, recursos hídricos, água, energia e o ambiente territorial formado pelo ecossistema que necessite de manutenção e recuperação.

Nesse hiato, no §7º, em seu artigo 6º⁴⁴ da lei 14.119/21, deve-se observar a competência federal e estadual quanto ao envio de receitas para os municípios distribuírem aos participantes do programa, desse modo, vê-se que a lei também inclui, além do território nacional, o envio de recursos por parte internacional, o que viabiliza a aplicação da política.

No que tange o beneficiário, a lei também é flexível, abrange desde quem atua diretamente com o meio ambiente como forma de sustento (agricultores, pescadores, indígenas), mas ainda, os voluntários da causa, com atividade exclusiva na proteção ambiental. Já aos proprietários de imóveis particulares, a norma complementa a obrigação em seu artigo 22⁴⁵ ao

⁴³ CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. **Pagamento por Serviços Ambientais (PSA): análise de conceitos e marco regulatório**. Revista Principia. Dezembro, 2016.

⁴⁴ §7º, artigo 6º, lei 14.119/21: Para o financiamento do PFPSA poderão ser captados recursos de pessoas físicas e de pessoas jurídicas de direito privado e perante as agências multilaterais e bilaterais de cooperação internacional, preferencialmente sob a forma de doações ou sem ônus para o Tesouro Nacional, exceto nos casos de contrapartidas de interesse das partes.

⁴⁵ Artigo 22, lei 14119/21: As obrigações constantes de contratos de pagamento por serviços ambientais, quando se referirem à conservação ou restauração da vegetação nativa em imóveis particulares, ou mesmo à adoção ou manutenção de determinadas práticas agrícolas, agroflorestais ou agrossilvopastoris, têm natureza *propter rem* e devem ser cumpridas pelo adquirente do imóvel nas condições estabelecidas contratualmente.

citar os contratos de PSA, a obrigação denominada *propter rem*, é passada do antigo ao novo proprietário, ou seja, segue a coisa. Consoante a Bessa, as cláusulas previstas e a norma regente devem ser preservadas e seguidas pelo proprietário. Logo, se o antigo proprietário firmou contrato de Pagamento Sobre Serviços Ambientais, recai sobre o novo adquirente do imóvel, a obrigação *propter rem*. Dessa forma, o objetivo de tal obrigação é a proteção ambiental ofertada por ele na assinatura contratual, seja efetivada.

Contudo, para exercer um trabalho efetivo, deve-se haver um preparo por parte de quem atua, então, como forma de incluir a todos que buscam o Programa, em seu artigo 11, a lei orienta o poder público a capacitação, e o Sisnama a metodologia e suporte técnico aos ativistas da causa, portanto, compete à União e aos Estados prestar tal suporte enquanto os Municípios aplicam o método.

Enquanto no Estado do Rio Grande do Sul, através do decreto nº 56640 de 02 de maio de 2022, estabelece em seu artigo 2º⁴⁶ que, o referido irá observar as diretrizes da lei nº 14119/21, apontando como plataforma de registro, no artigo 3º, inciso II⁴⁷, aponta o Cadastro Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais (CEPSA), posteriormente, indicando seu comitê gestor e a disciplina para o referido cadastro, tendo como finalidade de estimular o uso do instrumento de PSA e estabelecer as regulamentações específicas para preservação da natureza.

Trazendo requisitos constantes no artigo 11⁴⁸, o referido decreto, aponta também a modalidade de pagamento e as fontes de recursos em seu artigo 15⁴⁹, espalhados em doze incisos, são recursos desde multas administrativas, fundos governamentais e privados, doações de recursos oriundos de programas federais, empréstimos e doações de organismos multilaterais e etc.

⁴⁶ Art. 2º, decreto nº 56640/22: O pagamento por serviços ambientais no âmbito do Estado do Rio Grande do Sul deverá considerar as diretrizes da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais, instituída pela Lei Federal nº 14.119, de 13 de janeiro de 2021.

⁴⁷ Art. 3º, II, decreto nº 56640/22: Cadastro Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais - CEPSA: plataforma para registro e compartilhamento de dados e informações de projetos de pagamento por serviços ambientais no Estado do Rio Grande do Sul

⁴⁸ Art. 11: São requisitos gerais para participar do PEPSA: I - estar cadastrado na plataforma específica do programa; II - comprovar o uso e a ocupação regular do imóvel a ser contemplado; III - obter aprovação do projeto pelo Comitê Gestor do PEPSA; e IV - formalizar instrumento de responsabilidade ambiental específico.

⁴⁹ Art. 15. São fontes de recursos para a implementação de projetos de PSA no âmbito do PEPSA, dentre outras legalmente admissíveis: I - dotações orçamentárias; II - fundos governamentais, privados ou outros; III - recursos do Fundo Estadual do Meio Ambiente - FEMA, e do Fundo de Investimento de Recursos Hídricos do Rio Grande do Sul - FRH-RS, observados os requisitos e as normas que os regem; IV - recursos de órgãos e empresas, públicos ou privados; V - empréstimos e doações de organismos multilaterais; VI - contribuições voluntárias para a compensação de emissões de Gases de Efeito Estufa - GEE; VII - investimentos de fundos climáticos e fundos de impacto; VIII - conversão de multas administrativas; IX - doações e contribuições de usuários de serviços ambientais; X - recursos oriundos de Termos de Compromisso de Ambiental - TCA; XI - recursos oriundos de programas federais; e XII - outros recursos que lhe forem destinados.

Já no Capítulo II, institui Programa Estadual de Pagamento por Serviços Ambientais, assim como atribui competência à Secretaria do Meio Ambiente e Infraestrutura a coordenação de atividades, manter o cadastro do CEPISA e implantar os projetos. Priorizando a conservação da biodiversidade, dos recursos hídricos, redução do desmatamento.

Sendo assim, vê-se que o Programa de Pagamento por Serviços Ambientais é bem estruturado e possui reflexos significativos quanto ao desempenho na proteção ambiental. Também, atribuída a competência concorrente, contribui a atuação de todos os entes, a fim de proporcionar maior comunicação, monitoramento e aplicação da Política.

Conforme visto, o pagamento por serviços ambientais é um instituto bastante novo na ordem jurídica brasileira. A considerar a inequívoca autonomia dos municípios na Federação brasileira – auto-organizatória, política, administrativa, legislativa e financeira⁵⁰ –, tal instituto pode ser absorvido pelos municípios brasileiros, seja pela incontestada competência municipal para agir em prol da preservação ambiental, seja por constar no rol das matérias que digam respeito ao interesse local, que nada mais é do que o interesse predominante do município.⁵¹

Por mais que esteja previsto na legislação federal e na legislação de alguns estados, não se trata de instituto aplicável, por si, aos municípios. As municipalidades devem dispor, através de lei, sobre o pagamento por serviços ambientais pelo município. Para tanto, poderá seguir grande parte das disposições existentes na legislação federal e estadual, a salientar a possibilidade de inovação. A diversidade da legislação local repousará nas possibilidades fáticas de uso desse instrumento, no processo administrativo para a sua efetivação e, naturalmente, na capacidade econômico-financeira do município. O diálogo com a legislação orçamentária é ponto nodal para a sua efetividade prática.

É nesses termos, apenas exemplificativamente, que alguns municípios avançaram, como Jaguará do Sul/SC – Lei 6.252/11 –, Jundiaí/SP – Lei 9.116/18 –, Piracicaba/SP – Lei 8.013/14 – e Sarapuí/SP – Lei 1.500/19. A legislação local pode focar nas propriedades rurais com utilização econômica, como é o caso do Município de Jundiaí; pode estar vinculado a um projeto específico, como ocorre em Jaguará do Sul; destinar unicamente aos proprietários rurais, a exemplo de Piracicaba, ou também aos proprietários urbanos, conforme o disposto na legislação de Jaguará do Sul.

Por mais que muitas municipalidades não estejam em condições financeiras que possibilitem o dispêndio considerável de recursos, o pouco a ser destinado a essa finalidade, desde que observados critérios técnicos e objetivos, tende a surtir positivos efeitos aos

⁵⁰ CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 197-239.

⁵¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2021, p. 118.

proprietários de terras comprometidos com a sustentabilidade. Ademais, é possível buscar a alocação de recursos na iniciativa privada, não obstante não seja uma tarefa tão facilmente concretizável.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito fundamental ao meio ambiente é incontestado na ordem constitucional brasileira, a englobar a categoria de direitos fundamentais de terceira dimensão/geração. Compromete e vincula todas as pessoas políticas integrantes da Federação brasileira, em todos os níveis, como também os atores privados e a própria sociedade.

É nesse diapasão que a Administração Pública deve buscar alternativas para estimular a preservação ambiental e a efetivação da sustentabilidade. Não basta mais uma atuação eminentemente sancionadora ou repressiva. O caminho da consensualidade se mostra a melhor alternativa para condicionar a atuação dos mais diversos atores econômicos privados e da própria sociedade.

Os pagamentos por serviços ambientais adentram nessa logicidade, a permitir que o Estado, seja através de dotações orçamentárias próprias, seja de dotações engordadas com a captação privada de recursos, estimule e pague pelas ações ambientalmente adequadas, nos termos legais, levadas a cabo por pessoas físicas e jurídicas.

Em nível federal há a Lei 14.119/21 com a implementação da Política Nacional de Pagamento por Serviços Ambientais (PNPSA). Alguns estados, como o Rio Grande do Sul – Lei 14.119/21 – também disciplinaram o assunto. Vários municípios já fizeram o mesmo, antes ou depois da legislação federal/estadual, o que é plenamente possível diante da autonomia das pessoas políticas no pacto federativo nacional.

Impende consignar que os municípios são a instância do poder estatal mais próxima dos cidadãos, logo, o ente que melhor pode efetivar essas políticas com resultados concretos. Apenas é preciso que discipline por lei específica essa possibilidade. Por óbvio, há a questão orçamentária, sempre limitante, a salientar o efeito altamente positivo no comportamento ambiental de afirmações positivas como essas.

REFERÊNCIAS

ALTMANN, Alexandre; DE SOUZA, Luiz Fernando; STANTON, Márcia Silva. **Manual de apoio à atuação do Ministério Público: pagamento por serviços ambientais**. 1. ed. Porto Alegre: Andrefc.com Assessoria e Consultoria em Projetos, 2015

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

BIANCHI, Patrícia. **Eficácia das Normas Ambientais**. 1ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores LTDA, 2011.

CAETANO, Patrícia Pereira; MELO, Maiara Gabrielle de Souza; BRAGA, Cybelle Frazão Costa. **Pagamento por Serviços Ambientais (PSA): análise de conceitos e marco regulatório**. Revista Principia. Dezembro, 2016. Disponível em: <https://periodicos.ifpb.edu.br/index.php/principia/article/view/443> Acesso em: 20 de maio de 2022.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. 14 reimp. Manuais Universitários, 1941.

CHIAPPINI, Gabriel. **Congresso derruba vetos a incentivos para pagamento por serviços ambientais**. Revista EPBR, 1º de junho de 2021. Seção Congresso, Transição Energética. Disponível em: <https://epbr.com.br/congresso-derruba-vetos-a-incentivos-para-pagamento-por-servicos-ambientais/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

CORRALO, Giovani da Silva. **Município: autonomia na Federação**. 3ª Ed. Curitiba: Juruá, 2022, p. 197-239.

FARENZA, Cláudia. **O que é pagamento por serviços ambientais e como funciona?** Disponível em: <https://advambiental.com.br/pagamento-por-servicos-ambientais/> Acesso em: 20 de maio de 2022.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 42. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

FILHO, Nagib Slaibi. **Direito constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

FIGUEIRA, Paulo Sérgio Sampaio. **Lei Complementar 140 e a delegação de competência**. Revista Direito Ambiental.Com, Agosto de 2021.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

MEDEIROS, Rozélia. **Pagamento Por Serviços Ambientais (PSA)**. Portal de Educação Ambiental. Disponível em: <https://www.infraestruturameioambiente.sp.gov.br/educacaoambiental/prateleira-ambiental/pagamento-por-servicos-ambientais-psa/#:~:text=PSA%20%C3%A9%20um%20mecanismo%20financeiro,benef%C3%ADcios%20para%20toda%20a%20sociedade>. Acesso em: 20 de maio de 2022.

MARCHESAN, Ana Maria Moreira; STEIGLEDER, Annelise Monteiro; CAPPELI, Sílvia. **Direito Ambiental**. 7. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MAROSTICA, Sandro Teixeira. **Green Bons e o Desenvolvimento Sustentável**. São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/12/12139/tde-14022020-113906/publico/CorrigidoSandro.pdf> Acesso em: 20 de maio de 2022.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 19ª Ed. São Paulo: Malheiros/Juspodivm, 2021, p. 118.

MELO, Fabiano. **Direito Ambiental**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense; 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direitos humanos fundamentais: teoria geral**. 12 ed. São Paulo: Atlas, 2021

PADILHA, Rodrigo. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Método, 2020.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. **Direito Ambiental**. 9. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022.

SANTOS, Marco Aurélio dos. **Poluição do meio ambiente**. 1. ed. Rio de Janeiro: LTC, 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Princípios do direito ambiental**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TRENNEPOHL, Terence. **Manual de direito ambiental**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

OLIVEIRA, Antônio Inagê de Assis. **Introdução à legislação ambiental brasileira e licenciamento ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

QUIROGA LAVIE, Humberto. **Derecho constitucional**. Buenos Aires: Depalma, 1993.

ECOCÍDIO E OS DESAFIOS DA POLÍTICA EXTERNA CONTRA A INTERNACIONALIZAÇÃO DA AMAZÔNIA BRASILEIRA

ECOCIDE AND THE CHALLENGES OF FOREIGN POLICY AGAINST THE INTERNATIONALIZATION OF THE BRAZILIAN AMAZON

Gabriely Vivian Vieira¹

Idionei Oliveira Vieira²

RESUMO

Um debate acerca da tipificação do crime ecocídio no TPI, surge como desafio para política externa das nações que possuem territórios com grande densidade florestal. Para essas nações emergem preocupação em defender sua soberania nacional. O presente trabalho propõe estudar possíveis condições jurídicas para proteção do interesse nacional, como a inviabilidade da internacionalização da Amazônia. Isso ocorre diante da possibilidade do enfraquecimento de políticas externas, incentivadas por ações e omissões de chefes do Poder Executivo Federal, no tocante à proteção do meio ambiente. Considera-se um problema ecológico e de soberania. Para tanto, a pesquisa observa o Ecocídio no Estatuto de Roma e a penalização do agente público chefe de Estado, podendo esse ser julgado, por crime ambiental perante o TPI.

PALAVRAS-CHAVE: Amazônia - Desafios - Ecocídio - Internacionalização - Política externa.

ABSTRACT

A debate about the typification of the crime of ecocide in the International Criminal Court (ICC) emerges as a challenge for the foreign policy of nations that have territories with high forest density. For these nations, the concern of defending their national sovereignty emerges. This paper proposes to study possible legal conditions for the protection of national interests, such as the unfeasibility of internationalizing forest areas like the Amazon. This occurs in view of the possibility of the weakening of foreign policies, encouraged by the actions and omissions of the

¹Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa 50%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2020064169088406>. E-mail: adv.vgabriely@gmail.com.

²Doutor em Ciências Jurídicas Pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Diretor do Campus Soledade/RS Universidade de Passo Fundo - Campus Soledade/RS. Advogado. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7367381188926056>. E-mail: idionei@upf.br.

heads of the Federal Executive Power, with regard to environmental protection. The mere possibility of the internationalization of the Amazon region is considered an ecological and sovereignty problem. To this end, the research observes the Ecocide in the Rome Statute and the penalization of the public agent head of state, who may be judged for environmental crime before the International Criminal Court.

KEYWORDS: Amazon - Challenges - Ecocide - Internationalization - Foreign Policy.

INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe-se a estudar as condições jurídicas da possibilidade da não internacionalização da Amazônia. Risco presente na atualidade diante do enfraquecimento da política externa brasileira, que vem perdendo espaço no cenário internacional por não cumprir com normas de preservação ambiental.

Esse tema tem sido pauta na academia, em especial, no tocante a soberania do Estado, em sua gestão voltada à proteção da floresta. Nesse contexto, convém referendar a provável inclusão do crime de ecocídio no Estatuto de Roma e a possibilidade de pessoas físicas serem julgadas pelo TPI.³ Em síntese, é a garantia de que chefes de Estados possam ser condenados pelo delito, enquanto pessoas físicas. Seria essa uma ação pensada para contribuir a promoção de um ambiente transnacional sustentável e seguro.

O presente artigo estuda a inadmissibilidade da internacionalização da Amazônia, já que é um ato contra a soberania nacional dos países que a detêm. O objetivo proposto é fortalecer a política externa e a proteção ambiental. Para auxiliar nesse debate, apropriar-se de conteúdos da Teoria de Estado e da Ciência Política. Estes contribuem para elucidação de conceitos clássicos. Também, por tratarem de perspectivas constitucionais de proteção do meio ambiente. Ademais, no que concerne a esferas de responsabilidade administrativa, civil, penal e jurisdicional, assim como para inserção de um modelo de Estado Socioambiental.

Para tanto, utiliza-se o método indutivo e a técnica da pesquisa bibliográfica.

³ O TPI, criado em 1998 e regulamentado pelo Estatuto de Roma, é uma corte permanente, sediada em Haia, Holanda, responsável por julgar indivíduos que cometeram crimes de guerra, agressão, genocídio ou crimes contra a humanidade, e que não foram punidos devidamente no âmbito interno de cada Estado. FABEL, Luciana Machado Teixeira. COSTA, Beatriz Souza. MASSAD, Fernando Antônio. Ecocídio no TPI: análise da Viabilidade da jurisdição da corte internacional em Casos de rompimentos de barragens de rejeitos de Mineração. **Revista Jurídica (FURB)** ISSN 1982-4858 v. 25, nº. 58, set/dez. 2021 e9905: 5 de 16.

1. PROBLEMAS ECOLÓGICOS E A AMAZÔNIA BRASILEIRA

A pluralidade de problemas ecológicos vivenciados na Amazônia perturba inúmeras pessoas físicas e jurídicas, sejam vinculadas ou não à causa ambiental, sentimento que também é compartilhado pela comunidade internacional.

Sem dúvidas, esse cenário caótico é impulsionado pelas ações humanas (o desmatamento, as queimadas, a garimpagem, o agropastoril, a biopirataria, etc.). Nesse ponto, o ideal coletivo é muito forte, já que um só ser não teria força de causar impactos a um bioma de vasta extensão territorial, como a Amazônia.

De certa maneira, quanto ao dano gerado de forma anônima e coletiva, é impossível culpar uma única pessoa. Mas, se identificável, seria possível imputá-la a uma pena individualizada por ser autora ou fomentadora de crimes contra a natureza? Por omissão, fundamentalmente, quando omissa a práticas delitivas ao meio ambiente. Em dada perspectiva, sim, discute-se a possibilidade do indivíduo Chefe do Poder Executivo Federal ser punido pela falta de tomada de decisões voltadas para proteção do meio ambiente. Tema de interesse nacional.

O Brasil e o mundo acompanham as notícias de destruição da Amazônia há muitas décadas. Mas, a última em especial, é a que mostra os maiores impactos. E, sem a maior diversidade do planeta preservada, a humanidade sofrerá as consequências futuras, com o clima global desequilibrado.

É imprescindível desenvolver a consciência que precisamos ter uma floresta sustentável e transnacional. Este tema é essencial para a Ciência Jurídica, que deve estar atenta as relações entre a política externa nacional e estrangeira. Não se pode deixar que más ações de governantes sejam permissivas para destruição da Floresta Amazônica, entregando-a para exploração e gerenciamento de outros Estados.

A internacionalização da Amazônia também pode ser estudada sob o olhar da Teoria de Estado e Ciência Política. Os conceitos clássicos da Teoria do Estado e da Ciência Política ajudam entender esse contexto.

O conceito de Estado é complexo, pois varia conforme a forma de sua natureza e posições doutrinárias. Cada jurista, atendendo suas convicções, constrói uma definição própria. Por isso, há conceitos diversos acerca do mesmo tópico, os quais podem até serem objetivos, mas sempre com certo grau de subjetividade.⁴

⁴ DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 118.

Quanto ao conceito de Nação, destaca-se que o liame jurídico não é o foco. Advém da “realidade sociológica”, isto é, o fato de a Nação interferir na estrutura do Estado e, por conseguinte, na ordem social. Os “vínculos jurídicos” ganham espaço, atingindo um foco comum, a qual é a dissipação das divergências culturais.⁵

Já, o conceito de soberania está conexo ao ideal de poder, com interferência na organização política e jurídica:

Estando sempre ligada a uma noção de poder, aparece como uma qualidade do poder estatal ou como expressão da unidade de uma ordem como referido por Hanz Kelsen. Em termos políticos, refere a plena eficácia do poder, não se preocupando com a questão da legitimidade, devendo ser absoluto. Em termos jurídicos, identifica-se com o poder de decidir sobre a eficácia do direito, dizer qual a regra aplicável em cada caso⁶.

Também, tem-se como objetivo tratar a proteção da biodiversidade amazônica na perspectiva constitucional, com base no art. 225 da Constituição Federal de 1988 (CF/88)⁷, no sentido que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

Portanto, é preciso ter como base as definições da Teoria do Estado e Ciência Política, bem como a perspectiva constitucional, para realizar uma reflexão acerca da soberania e logística da floresta, a partir da provável inclusão do crime de ecocídio no Estatuto de Roma. O que pode levar a julgamento pessoas físicas no TPI. Em síntese, é a abertura para que uma autoridade receba uma pena personificada por delitos ambientais praticados ou admitidos na vigência de seu governo, após o devido processo legal.

2. O PRINCÍPIO SOCIOAMBIENTAL DE DIREITO

O princípio socioambiental permite também a discussão do Estado Democrático, Social e de Direito. Nesse sentido, Marinoni, Mitidiero e Sarlet⁸, referem que o direito constitucional positivo reconhece um Estado Ambiental ou Socioambiental que fortalece a proteção do ambiente como dever fundamental.

⁵ DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*, p. 133-134.

⁶ MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014. p. 174.

⁷ BRASIL, **Constituição (1988)**. Capítulo VI – Do Meio Ambiente, Art. 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2022.

⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 262.

É preciso lembrar ainda que o presente tema está vinculado às esferas da tutela administrativa, civil, penal e jurisdicional no tocante a salvaguarda da Amazônia brasileira.

A administração Pública, deve se pautar, no zelo do patrimônio ambiental. Sempre orientada pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da finalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da ampla defesa, do contraditório, da segurança jurídica e do interesse público. Ainda que, o meio ambiente seja um bem em essência e difuso. Com transcendência no direito privado em razão da propriedade, ele abarca patrimônios públicos (águas, atmosfera, solo, cobertura vegetal). Incidindo, portanto, na autonomia da soberania nacional⁹.

Enquanto na legislação especial, ou seja, pela regra da Lei n.º 9.605/1998. (Lei dos Crimes Ambientais), a tutela ambiental é regida pela responsabilidade objetiva, bastando o dano e o nexo causal, na tutela civil, vale a responsabilidade subjetiva. Ocorre a efetivação do “regime da responsabilidade extracontratual”, pautado na culpa ou no dolo do agente. Assim, para que haja responsabilidade do agente é necessária a culpa, do contrário inexistente dever reparatório¹⁰. É a aplicação da culpa *lato sensu* (vontade do autor/dolo) ou da culpa *strictu sensu* (conforme o art. 186 do Código Civil de 2002.¹¹

Na tutela penal, entende-se que é dever do Estado garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo direito fundamental do ser humano. Tal fato permite que sanções penais sejam aplicadas em *extrema* e *ultima ratio*. Desse modo, havendo prática de “condutas antiecológicas”, o Direito Penal deve responder à sociedade, punindo delitos dessa natureza com veemência¹².

A tutela jurisdicional é exercida pelo Ministério Público, que pode dispensar o inquérito policial e promover tanto a ação civil pública como a ação penal¹³, à luz do art. 39, §5º, do Código de Processo Penal¹⁴.

⁹ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 675.

¹⁰ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. p. 752-753.

¹¹ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

¹² MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**, p. 770-771.

¹³ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**, p. 809.

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. **Institui o Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2022.

O *Parquet* adota três funções: preventiva, reparatoria e repressiva. Na primeira, coíbe um delito por ajustamento de conduta. Na segunda, analisa e colhe elementos para o ajuizamento da ação civil pública. E na terceira, exerce seu serviço propondo a ação penal pública¹⁵.

Desse modo, o Estado Socioambiental é uma construção doutrinária essencial para regular o meio ambiente como sujeito de direitos, e as esferas da tutela administrativa, civil, penal e jurisdicional, são formas de efetivá-lo.

3. ECOCÍDIO

O termo “ecocídio”, é qualquer ato ilegal ou arbitrário cometido com o conhecimento de que há uma probabilidade substancial de danos ambientais. Estes, graves e generalizados de longo prazo. Nesse aspecto, o periódico *El Pais*, menciona que:

Ecocídio, crime contra o planeta, ganha definição jurídica e avança rumo à penalização. Especialistas apresentam esse novo delito para tentar incorporá-lo ao TPI. Trata-se de um “ato ilícito ou arbitrário” que causa “danos graves e duradouros ao meio ambiente”¹⁶

O ecocídio, resulta de uma série de atos e ações que integra os resultados da violência ambiental do século XX. Decorre de uma prática destrutiva ao meio ambiente, que afeta a América Latina, vinculada a um olhar da sociedade sobre a prática capitalista, que acaba por gerar violência contra a natureza.¹⁷ Conforme, Cachi:

A seriedade dos ecossistemas atuais, com seus efeitos sobre a mudança climática, espécies os efeitos da mudança climática, o desaparecimento de espécies animais e vegetais, a poluição, etc., tem sido e espécies vegetais, poluição, etc., foi rotulado como ecocídio¹⁸.

No Brasil, o Código Florestal estabelece que “as florestas existentes no território nacional e as demais formas de vegetação nativa, reconhecidas de utilidade às terras que revestem, são bens de interesse comum a todos os habitantes do País [...]”. Diante dessa leitura, entende-se que se trata de um território de interesse comum e geral.

Como componente do estudo, é imprescindível correlacionar o ecocídio, desde a sua iminente inclusão no Estatuto de Roma até a atuação do TPI. Dessa forma, é necessário firmar uma posição clara de que a política externa precisa ser constantemente fortalecida acerca das

¹⁵ MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 809.

¹⁶ ALTARES, Guilherme. Crimes ambientais. Ecocídio, crime contra o planeta, ganha definição jurídica e avança rumo à penalização. **El Pais**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-06-23/ecocidio-crime-contra-o-planeta-ganha-definicao-juridica.html>. Acesso em 27 nov. 2022.

¹⁷ CACHI, Camilo Valqui, [et al]. **El ecocidio do siglo XXI Cosmovisiones, premissas, impactos y alternativas**. Ed. Eón; Universidade Autónoma de Guerrero; Intercâmbio Social: México/DF, 2014, p. 23.

¹⁸ CACHI, Camilo Valqui, [et al]. **El ecocidio do siglo XXI Cosmovisiones, premissas, impactos y alternativas**, p.13.

questões ambientais que envolvam a Amazônia brasileira. A liderança negativa do chefe de Estado deve ser ceifada, caso não seja, pode ser fomento para uma condenação internacional pelo crime de ecocídio.

Uma resposta à população global, deve ser compartilhada, é a que o Brasil enquanto Estado soberano não aceita a internacionalização da Amazônia. Por isso, pode adotar medidas para salvar seu ecossistema. Pelo exposto, tem-se que essa pauta é válida e contemporânea, trazendo assuntos tradicionalmente investigados pela Academia, mas numa perspectiva segurança nacional ambiental.

Nesse contexto, existem elementos constitutivos e fundamentos históricos da Segurança Nacional e da Gestão Ambiental no Brasil, com alinhamento entre essas duas políticas públicas. Pinheiro Pedro aponta que riscos externos e internos à implementação do controle territorial e os obstáculos ao desenvolvimento econômico e social do país, a serem vencidos pelo governo como pressuposto da afirmação da soberania nacional¹⁹.

O governo é responsável e garantidor dos bens naturais e do desenvolvimento sustentável da nação. Para assegurar esse pressuposto constitucional é necessário, que esteja disposto a constituir políticas públicas que gerem conhecimento. Sobretudo, no que se relaciona a educação ambiental e a cidadania. O princípio da precaução surge na formulação internacional do meio ambiente em 1992, na Declaração do Rio da Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento:

De modo a proteger o meio ambiente, o princípio da precaução deve ser amplamente observado pelos Estados, de acordo com suas capacidades. Quando houver ameaça de danos sérios ou irreversíveis, a ausência de certeza científica não deve ser utilizada como razão para postergar medidas eficazes e economicamente viáveis para prevenir a degradação ambiental²⁰.

Aqueles que se dedicam ao estudo do Direito, especialmente o ramo ambiental, podem atuar para ocorrer a preservação ambiental e a proteção da soberania, o que fazem pelo olhar cirúrgico e também das condições jurídicas e das elações internacionais que possuem. Uma possível internacionalização da Amazônia será barrada pelo amparo jurídico, a consciência da cidadania e a penalização de seus infratores. Só assim, teremos a proteção do espaço natural da nação.

¹⁹ ALENCAR, Ana. Conferência histórica no Círculo Militar define a linha divisória entre a forma de ver a gestão ambiental no Governo Federal do Brasil. ambiente legal. Disponível em: <https://www.ambientelegal.com.br/seguranca-nacional-e-seguranca-ambiental-video-da-conferencia/>. Acesso em: 27 nov. 2022.

²⁰ BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: **relatório da delegação brasileira 1992**. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais - IPRI, 1993, p. 142

Tema que não é novidade na pesquisa científica. Mas agora analisado conforme a imputação de crime de ecocídio. Desse modo, a política externa, ganha novos contornos essenciais a esta década, onde as questões ambientais estão no centro das atenções da sociedade pós-globalizada.

A Amazônia constitui um assunto permanente por constituir um grande conjunto de florestas, com rede fluvial a serviço do planeta, com isso, é indicada como pulmão do mundo mesmo sendo uma área que pertence ao Brasil, Bolívia, Peru, Equador, Colômbia, Venezuela e Guiana. Mesmo assim, desperta interesse internacional.²¹

Nesse contexto, conforme Silva “O Brasil é a nação mais visada, sob a acusação que está permitindo a devastação da floresta, o que configuraria responsabilidade criminosa pelo aspecto negativo e pelo futuro da região”²².

A Amazônia é motivo constante de preocupações de brasileiros e das autoridades políticas e administrativas do Estado. Por ser portadora de diversas riquezas naturais economicamente viáveis. Nesse sentido a região torna-se alvo de cobiças internacionais desde o primeiro século do descobrimento do Brasil²³.

A internacionalização da Amazônia brasileira é um tema sempre presente nos debates interno e externo, por isso, é uma questão que se interliga, a necessidade de políticas públicas nacionais e internacionais que protejam a soberania dos países que possuem território amazônicos.

Caso contrário teremos sérios prejuízos ao meio ambiente e a sociedade global. Principalmente pela perspectiva de uma possível mundialização de recursos naturais desses territórios. Já que, nos tempos modernos, os processos de internacionalização fazem parte do cotidiano social e econômico, de um mundo transnacional, o qual nas palavras de Bobbio esta:

Caracterizados (...) pela preponderância atribuída à comunidade de interesse das nações, à solidariedade política e econômica de todos os povos e ao seu desejo de cooperação mútua, sobre os interesses e móveis nacionais²⁴.

O poder do chefe de Estado, sua forma de exercício pode levá-lo ao descuido com a preservação da Amazônia. Concretiza-se o risco a ser imputado criminalmente na tipificação de

²¹ SILVA, Roberto Gama. **Olho grande na Amazônia brasileira**. Rio de Janeiro: Rio Fundo, 1991, p. 7.

²² SILVA, Roberto Gama. **Olho grande na Amazônia brasileira**, 1991, p.7.

²³ GONÇALVES, Patrícia Bersan Pinheiro de Paiva. **Internacionalização da Amazônia?** Dissertação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis(SC), ago. 2001, p.11

²⁴ BOBBIO, Noberto; NICOLA, Matteucci; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 1 v., p. 642-643.

crime de ecocídio. Sendo, então, julgado no TPI, a partir da inclusão deste delito no Estatuto de Roma. Conforme Fabel:

Não obstante, a concepção embrionária do ecocídio esteja ligada a crimes de guerra, nas últimas décadas a doutrina especializada em Direito Ambiental muito se desenvolveu, de modo que tais questões foram ressignificadas e ampliadas também a contextos civis²⁵.

Administrar a Amazônia com segurança será uma grande contribuição de qualquer chefe de Estado. Assim, promoverá um ambiente transnacional seguro e sustentável. Caso contrário, a negligência com a preservação ambiental lhe ensejara enfraquecimento no âmbito da política externa, e a consequente tentativa de internacionalização da Amazônia, com a perda da soberania de seu território.

A comunidade internacional mostra-se preocupada com o fato de o Brasil não promover ativamente ações que combatam a degradação ambiental, nesse sentido, Nascimento descreve que:

O meio ambiente até pode se recuperar de um dano ou atentado ambiental, mas, não autoriza, por isso, que todos busquem de forma contínua a degradação do meio ambiente, porque a vida de todos será afetada de forma imediata e com reflexos ao longo do tempo que, afeta gerações atuais e futuras.²⁶

A inclusão do crime de ecocídio no Estatuto de Roma e a atuação do TPI, penalizando o Chefe de Estado, poderá ser uma forma de fortalecer a política externa e de inviabilizar que a floresta não seja internacionalizada.

Outra hipótese, é que a tipificação do ecocídio, para fins de julgamento no TPI, passa a ser um problema quando a temática da soberania entra em voga. Sobretudo, em razão do Princípio da Autodeterminação dos Povos (Declaração Universal dos Direitos Humanos — art. 213 e Resolução n.º 2.625/1970 da ONU). Em conclusão e em termos gerais, no dizer de Muñoz:

[...] podemos afirmar que a criação do TPI pelo Estatuto de Roma representa a abertura de um caminho de esperança no árduo caminho que conduzirá ao estabelecimento de uma jurisdição penal internacional aplicável a todos aqueles que cometem crimes contra a humanidade ou crimes de guerra²⁷.

²⁵ FABEL, Luciana Machado Teixeira. COSTA, Beatriz Souza. MASSAD, Fernando Antonio. Ecocídio no TPI: análise da Viabilidade da jurisdição da corte internacional em Casos de rompimentos de barragens de rejeitos de Mineração. **Revista Jurídica (FURB)** ISSN 1982-4858 v. 25, nº. 58, set/dez. 2021 e9905: 5 de 16.

²⁶ NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. CARPENA, Gislane. Transnacionalidade e a responsabilidade civil ambiental: proteção ambiental como um direito humano transfronteiriço. **JUSTIÇA DO DIREITO**, v. 27, n. 2, jul./dez. 2013 - p. 506-525. Disponível em: <http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4823/3248>. Acesso em: 27 nov. 2022.

²⁷ MUÑOZ, Alfonso Galán. La transposición a la normativapenal española de las diversasformas de imputaciónde responsabilidad penalcontempladas en elEstatuto de Roma. **Novos Estudos Jurídicos** - v. 10 - n. 1 - p.184 - 213, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/395>. Acesso em: 27 de nov. 2022.

Diante do exposto, verifica-se que a atuação do chefe de Estado, bem como de Sua equipe deve ser zelosa para com o meio ambiente. Sobretudo com a Amazônia, por tudo que ela representa na sociedade atual, que vive sobre relações transnacionais de sustentabilidade, tanto social como econômica, além da responsabilidade política.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Se cada Estado autorregula mentar, no tocante, a suas normas ambientais, é muito provável que ocorra retrocesso na preservação do meio ambiente. Pela prevalência de interesses políticos e econômicos. Por outro lado, a pena de ecocídio e sua legitimidade personificada pode até ser questionada. Sob a perspectiva do Princípio da Individualização, da Legalidade, da Razoabilidade e da Proporcionalidade. No entanto, trará grandes benefícios a proteção ambiental, pela ótica de conscientização do Chefe do Poder Executivo. O sistema de ordem legal e doutrinária, tal como de realidade social, política, cultural e econômica, podem interferir, em menor ou maior intensidade, nas relações internacionais e políticas.

É preciso analisar as condições da internacionalização da Amazônia a partir das ações de Chefes de Estado. A perspectiva da política externa nacional e internacional e iminente tipificação do crime de ecocídio, são elementos que devem estrar na pauta do governo brasileiro, pela importância que a Floresta Amazônica.

Nesse contexto, a discussão da internacionalização da Amazônia passa pela Teoria de Estado e Ciência Política. A fim de retomar definições clássicas de ideias de como e o que é Estado, nação e soberania, e a importância dos bens naturais de uma sociedade.

A perspectiva constitucional de proteção do meio ambiente exige a responsabilidade administrativa, civil, penal e jurisdicional. Tendo tudo a ver com o modelo de Estado Socioambiental, além da forma de governo que esteja em exercício.

Ao conceituar o crime de ecocídio apresenta-se a Lei dos Crimes Ambientais, Código Florestal e as perspectivas internacionais para o tema. Contextualiza-se os aspectos políticos e sociais conforme as teorias filosóficas e sociológicas.

A inclusão do crime de ecocídio no Estatuto de Roma para aplicação de pena à pessoa física pelo TPI, exigirá que seja dado um olhar diferenciado por parte da política externa brasileira. Pois, a soberania do Estado e os prejuízos decorrentes da falta de ações afirmativas do Chefe do Poder Executivo servirá para coibir danos ambientais na Amazônia brasileira.

O presente estudo preocupou-se em oferecer meios que promovam afirmações para coibir a internacionalização da Amazônia brasileira, com ênfase no fortalecimento da política externa.

Concluiu que chefes de Estado poderão como pessoas físicas ser julgados pelo crime de ecocídio no Estatuto de Roma.

Frisa-se que a temática em questão integra a linha de pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia, do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF). Nesse sentido, a pesquisa contribui para os debates relacionados ao papel do Estado na intervenção ambiental. Bem como, sua ingerência na Floresta Amazônica, pautado, sob a ótica da teoria dos direitos fundamentais constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Ana. Conferência histórica no Círculo Militar define a linha divisória entre a forma de ver a gestão ambiental no Governo Federal do Brasil. **ambiente legal**. Disponível em: <https://www.ambientelegal.com.br/seguranca-nacional-e-seguranca-ambiental-video-da-conferencia/>. Acesso em: 27 nov. 2022.

ALTARES, Guilherme. Crimes ambientais. Ecocídio, crime contra o planeta, ganha definição jurídica e avança rumo à penalização. **El País**. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/ciencia/2021-06-23/ecocidio-crime-contra-o-planeta-ganha-definicao-juridica.html>. Acesso em 27 nov. 2022

BRASIL, Constituição (1988). **Capítulo VI – Do Meio Ambiente**, Art. 225. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2022

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Acesso em: 22 mai. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Institui a Lei dos Crimes Ambientais**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em: 05 abr. 2022.

BRASIL. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Institui o Código Florestal**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm>. Acesso em: 22 mai. 2022.

BOBBIO, Norberto; NICOLA, Matteucci; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. 1 v., p. 642-643.

CACHI, Camilo Valqui, [et al]. **El ecocidio do siglo XXI Cosmovisiones, premissas, impactos y alternativas**. Ed. México/DF: Eón; Universidade Autônoma de Guerrero; Intercâmbio Social, 2014.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO; Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

FABEL, Luciana Machado Teixeira. COSTA, Beatriz Souza. MASSAD, Fernando Antonio. Ecocídio no TPI: análise da Viabilidade da jurisdição da corte internacional em Casos de rompimentos de barragens de rejeitos de Mineração. **Revista Jurídica (FURB)** ISSN 1982-4858 v. 25, nº. 58, set/dez. 2021 e9905: 5 de 16. Disponível em: file:///C:/Users/voiad/Downloads/9905-25-38924-1-10-20220330.pdf. Acesso em: 27 nov. 2022.

GONÇALVES, Patrícia Bersan Pinheiro de Paiva. **Internacionalização da Amazônia?** Dissertação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis (SC), ago. 2001.

IBERDROLA. **Ecocídio: a palavra que define os crimes cometidos contra o planeta**. Disponível em: < <https://www.iberdrola.com/sustentabilidade/ecocidio>>. Acesso em: 23 mai. 2022.

BRASIL. Ministério das Relações Exteriores. Divisão de Meio Ambiente. Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento: **relatório da delegação brasileira 1992. Brasília**: Fundação Alexandre de Gusmão - FUNAG; Instituto de Pesquisa de Relações Internacionais - IPRI, 1993, p. 142

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente: doutrina, jurisprudência, glossário**. 3. ed. atual e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

MORAIS, Jose Luis Bolzan de; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política & Teoria do Estado**. 8. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

MUÑOZ, Alfonso Galán. La transposición a la normativapenal española de las diversas formas de imputación de responsabilidad penal contempladas en el Estatuto de Roma. **Novos Estudos Jurídicos** - v. 10 - n. 1 - p.184 - 213, jan./jun. 2005. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/395>. Acesso em: 27 de nov. 2022.

NASCIMENTO, Eliana Maria de Senna do. CARPENA, Gislane. Transnacionalidade e a responsabilidade civil ambiental: proteção ambiental como um direito humano transfronteiriço.

JUSTIÇA DO DIREITO, v. 27, n. 2, jul./dez. 2013 - p. 506-525. Disponível em:
<http://seer.upf.br/index.php/rjd/article/view/4823/3248>. Acesso em: 27 nov. 2022

IMPACTOS ECONÔMICOS AOS COMMODITIES BRASILEIROS PELA PERSPECTIVA AMBIENTAL DO PARLAMENTO EUROPEU: A TEORIA DOS JOGOS COMO SOLUÇÃO AO IMPASSE

ECONOMIC IMPACTS ON BRAZILIAN COMMODITIES FROM THE ENVIRONMENTAL PERSPECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT: GAME THEORY AS A SOLUTION TO THE IMPASSE

Gabriely Vivian Vieira¹

Idionei Oliveira Vieira²

RESUMO

O presente artigo tem por finalidade pesquisar os impactos econômicos à importação de commodities brasileiros pela União Europeia, com base nas medidas restritivas propostas contra países maculados pelo desmatamento. Neste contexto, questionou-se em que medida a Teoria dos Jogos contribui para solucionar o impasse, haja vista o desgaste nas relações comerciais entre Europa e Brasil. Pelo método indutivo, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica, analisou-se aspectos políticos, econômicos e jurídicos que permeiam o conflito exposto. O objetivo é apresentar a Teoria dos Jogos como solução ao problema proposto, por meio da facilitação do diálogo e, conseqüentemente, na construção de um Acordo de Cooperação. Conclui-se que a importação de commodities é mutuamente benéfica para Europa e Brasil, sendo necessário que ambos se comprometam com a causa ambiental, para atingir a prosperidade econômica plena.

PALAVRAS-CHAVE: Brasil. Commodities. Importação. Parlamento Europeu. Teoria dos Jogos.

ABSTRACT

This article aims to research the impacts caused by the import of Brazilian commodities by the European Union, based on the proposed restrictive measures against countries tainted by deforestation. In this context, it was questioned to what extent Game Theory contributes to resolving the impasse, whether there is a view or wear and tear in trade relations between Europe

¹Mestranda no Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa 50%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2020064169088406>. E-mail: adv.vgabriely@gmail.com.

²Doutor em Ciências Jurídicas Pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Diretor do Campus Soledade/RS Universidade de Passo Fundo - Campus Soledade/RS. Advogado. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7367381188926056>. E-mail: idionei@upf.br.

and Brazil. Through the inductive method, using the technique of bibliographical research, political, psychological and legal aspects that permeate the exposed conflict were analyzed. The objective is to present Game Theory as a solution to the proposed problem, through the facilitation of dialogue and, consequently, in the construction of a Cooperation Agreement. It is concluded that the importation of commodities is mutually satisfactory for Europe and Brazil, and it is necessary that both are committed to the environmental cause, in order to achieve full economic protection.

KEYWORDS: Brazil. Commodities. Import. European Parliament. Game Theory.

INTRODUÇÃO

O presente estudo apresenta uma nova abordagem acerca de como a política ambiental adotada no Brasil está influenciando suas relações comerciais com a União Europeia (UE). Discute-se os impactos econômicos aos commodities brasileiros pela perspectiva ambiental do Parlamento Europeu, e como a Teoria dos Jogos é solução ao impasse.

Em 13 de setembro de 2022, o Parlamento Europeu aprovou a proposta de um projeto que veta a entrada no território europeu de commodities oriundos de países vinculadas ao desmatamento. São medidas que compõem o plano do Pacote Ecológico Europeu. Esta sustenta que os produtos que os cidadãos da UE comprarem, usarem e consumirem no mercado interno não devem contribuir para o desmatamento global e a degradação florestal. Dessa forma, países que não cumprirem com normas de preservação ambiental, estariam proibidos de entregar mercadorias de origem primária ao continente. Esta situação deve afetar o Brasil se os crescentes índices de desmatamento não diminuïrem nos próximos anos.

Nesse contexto, vislumbra-se a Teoria dos Jogos como solução eficaz para dirimir os conflitos entre Brasil e Europa. Esta teoria permite que os sujeitos em conflito compreendam a questão do litígio não só no seu ângulo de interesse, mas também daquele de seu oponente. Dessa forma, ao invés de serem tomadas medidas drásticas de cortes de relações comerciais, é possível a aprovação de um Acordo de Cooperação, por meio de um tratado internacional, para preservação dos biomas brasileiros, com previsão de multas e sanções econômicas em caso de descumprimento.

Justifica-se o estudo para fins de compreender que a importação de commodities é benéfica tanto para a economia brasileira como europeia, e que a preservação ambiental não deve ser vista como ameaça à relação comercial.

Nesse sentido, no primeiro capítulo aborda-se dados atualizados do desmatamento no Brasil, referente aos anos 2019, 2020, 2021 e 2022. Em seguida, no segundo capítulo, estuda-

se a Teoria dos Jogos na resolução de conflitos, o comportamento estratégico e o dilema dos prisioneiros. Por fim, demonstra-se como a Teoria dos Jogos e suas vertentes são soluções para o conflito entre União Europeia e Brasil, em relação às medidas restritivas adotadas pela primeira na importação de commodities de países com índices expressivos de desmatamento.

O objetivo deste trabalho é demonstrar que a compreensão acerca do pensamento do Parlamento Europeu sobre o desmatamento é eficaz para entender seu comportamento estratégico na criação de regras para importação de commodities. Assim, é possível antever suas regras e ter respostas efetivas aos seus efeitos. Com isso, a política externa fomenta uma imagem positiva no cenário internacional.

Pelo método indutivo, utilizando a técnica da pesquisa bibliográfica, analisou-se aspectos políticos, econômicos e jurídicos que permeiam o conflito exposto.

1.OS NOVOS DADOS DO DESMATAMENTO NO BRASIL

Em 2019 e 2020, a Amazônia e o Cerrado representaram 92% da área desmatada detectada no território nacional. Ao acrescentar a Caatinga esse quantitativo passou para 96,5%. Nesse período, o MapBiomas³ registrou 1.219.158 hectares de área de desmatamento em todo o componente dos referidos biomas, além 57.009 alertas.⁴ Já, em 2020, o projeto registrou 1.385.342 hectares de área de desmatamento e 74.128 alertas. Houve uma variação de 14% de aumento em relação ao número de hectares das áreas desmatadas e 30% no que tange o quantitativo de alertas. Posteriormente, em 2021, foi identificado 1.655.782 hectares de área desmatada e 69.796 alertas. O percentual de desmatamento aumentou para 20%, quando comparado ao ano anterior. Amazônia, Cerrado e Caatinga somam 96,2% da área desmatada.⁵ Frisa-se que os dados referentes ao ano de 2021, tiveram sua contagem finalizada em julho de 2022, quando findado o Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2021. Este documento foi criado pelo MapBiomas Alertas em 2019 para reunir informações acerca desmatamento.

Os números apresentados demonstram que de janeiro de 2019 até julho de 2022, o Brasil enfrentou um aumento alarmante de desmatamento na totalidade de seus biomas. Enxerga-se uma das causas desse gravame, a gestão bio/Necropolítica do então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro. Ele e sua equipe foram reconhecidos por normalizar o desmatamento.

³Um projeto de iniciativa do Observatório Clima que elabora relatórios desde janeiro de 2019 com parceria universidades, ONGs e empresas de tecnologia, para fins de quantificar áreas desmatadas e número de alertas do desmatamento no Brasil. MAPBIOMAS ALERTA. **O projeto**. Disponível em: <<https://mapbiomas.org/o-projeto>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

⁴MAPBIOMAS ALERTA. **Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2020**. São Paulo: MapBiomas, 2021. p. 7-8

⁵_____. **Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2021**. São Paulo: MapBiomas, 2022. p. 17.

Tanto o Chefe do Poder Executivo como o Ex-Ministro do Meio Ambiente, Ricardo Aquino Salles, defenderam reiteradas vezes que leis ambientais poderiam ser violadas, sem qualquer punição⁶, sob o pretexto da prosperidade econômica. Ocorre que não há um desenvolvimento econômico efetivo sem o atrelamento às questões sociais, culturais e sustentáveis.

Nesse sentido, importante observar o conceito necropolítico de Achille Mbembe. Para ele, a Necropolítica explica que:

a expressão máxima da soberania reside, em grande medida, no poder e na capacidade de ditar quem pode viver e quem deve morrer. Por isso, matar ou deixar viver constituem os limites da soberania, seus atributos fundamentais. Exercitar a soberania é exercer controle sobre a mortalidade e definir a vida como a implantação e manifestação de poder.⁷

A Necropolítica é um conceito político e social muito utilizado para evidenciar a responsabilidade do Estado em situações de violência, desigualdade, enfim, setores marginalizados da sociedade. Em síntese, são as ações e omissões do Estado que vão definir quem vai viver e morrer. No tocante ao meio ambiente, o prefixo “bio”, advindo de biologia, significa literalmente vida.⁸ Dessa forma, quando “bio” aglutina-se ao termo “Necropolítica”, gerando a expressão bio/Necropolítica, é como se o Estado aceitasse a prática de crimes ambientais em analogia ao fato de permitir que certos corpos possam ser assassinados. O desmatamento é em comparação um genocídio, só que de todo um ecossistema. É o Estado se omitindo diante de seu dever de agir como regulador e fiscalizador de normas de proteção ambiental. Trata-se de uma permissão à morte gradual da fauna e flora. Por isso, a gestão bio/Necropolítica é nefasta. E, o Brasil nos últimos anos acompanhou essa forma de governar.

A Amazônia é o bioma com o maior número de registros de desmatamento. Entre janeiro de 2021 e julho de 2022, só a região abarcou 66,8% dos alertas, numa área de 977 mil hectares desmatados, o que representa 59% da área total. O Cerrado está em segundo lugar, com 9,9% dos alertas e em uma área de 500 mil hectares. A Caatinga segue em terceiro lugar, com 15,2% dos alertas e 190 mil hectares. Em quarto lugar está a Mata Atlântica com 30,2 mil hectares. Já, o Pantanal possui 28,6 mil hectares. Por fim, o Pampa, com 2,4 mil hectares.⁹

Os números mostram-se por si. Não é à toa que o MapBiomas Alertas começou criar relatórios anuais para tratar do desmatamento em 2019, primeiro ano da gestão Bolsonaro. A política deste governo focou na extensão desenfreada da agropecuária, que beneficiou

⁶FEARNSIDE, Philip Martin. **Os Novos Números de Desmatamento, Confirmam o “Efeito Bolsonaro”, Apesar das Negações.** Amazônia Real. 29 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://amazoniareal.com.br/os-novos-numeros-de-desmatamento-confirmam-o-efeito-bolsonaro-apesar-das-negacoes/>>. Acesso em: 28 out. 2022.

⁷MBEMBE, Achille. *Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte.* São Paulo: n-1 edições, 2018.

⁸UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. **Prefixos e Sufixos Úteis em Biologia.** Tradução de Veterinary Parasitology VPTH603 Laboratory. 2005. Disponível em: http://py4olb.no-ip.org/qsolucoes/transparencias/Prefixos_e_sufixos_biologia.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁹MAPBIOMAS ALERTAS. **Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2021.** São Paulo: MapBiomas, 2022. p. 18.

majoritariamente os grandes produtores de terra no Brasil. Giza-se que não se está desprezando ou retirando a importância da agricultura e da extração mineral, bem como do sistema pecuarista. Estes são imprescindíveis na cadeia econômica do país. Do campo, vem o alimento de toda a sociedade. Mas, o que se quer destacar é que foram uma pequena parte de produtores rurais, mineradores e pecuaristas beneficiados, os mais abastados. Desse modo, o desmatamento e outros crimes ambientais acabam por ser não só a simbologia da destruição do meio ambiente, mas também a fonte da propagação de desigualdades.

Em suma, a discussão sobre o crescente índice de desmatamento no Brasil não é uma temática inédita. Contudo, se observa nos últimos anos um alastramento dos números de alertas e áreas desmatadas nos seis biomas do território nacional, com ênfase na Floresta Amazônica. Tal situação exige atenção da sociedade e postura ativa em face do governo federal que estiver sob exercício, a fim de cobrar propostas e resultados concretos de ações efetivas para findar essa rede criminosa que destrói os ricos e diversos biomas brasileiros.

2. TEORIA DOS JOGOS E O COMPORTAMENTO RACIONAL ESTRATÉGICO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

A Teoria dos Jogos é um ramo da matemática que estuda situações em que dois ou mais sujeitos interagem entre si. Através de sua linguagem é possível descrever processos de decisões conscientes entre uma pluralidade de indivíduos. É a teoria que estuda temas diversos, como evolução genética, eleições, leilões, etc. Porém, o que chama atenção é que mesmo diante das múltiplas possibilidades de aplicação, continua sendo uma teoria pura. Não há um critério taxativo de sua vinculação com problemas comportamentais ou jogos independentes¹⁰, embora sejam comuns na prática.

Embora abrangida pela matemática, a Teoria dos Jogos tem essência interdisciplinar. Vislumbra-se sua aplicação nas Ciências Humanas, Exatas e Biológicas. Do ponto de vista jurídico, esta compreende o Direito como forma de reflexão e questionamento sobre a comunicação social, fontes comuns do conflito e regras para preveni-los.¹¹ Por isso, trata do comportamento estratégico, já que por meio desses três fatores, consegue verificar o raciocínio dos indivíduos em interação. A Teoria dos Jogos é a aplicação de estratégias. Ela sopesa

¹⁰BARRETO, Larissa Santana et. al. **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM. Universidade Federal da Bahia, Salvador. 25 a 29 de out. 2004.

¹¹NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 654, 30 ago. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369404.p.661>.

hipóteses e expõe aos jogadores, que terão de pensar em suas próprias estratégias e nas do oponente. Observa-se analogicamente um senso empático.

Segundo Francez¹², a Teoria dos Jogos foi originalmente criada para ser um modelo de resolução de conflitos. Seu viés racional é útil para fundamentar decisões. Na mesma linha de raciocínio, Sengler¹³ assevera que “[...] ela é considerada uma análise matemática de qualquer situação que envolva um conflito de interesses com a finalidade de encontrar as melhores opções, que associadas a determinadas condições, devem conduzir ao objetivo desejado por um jogador racional.” Já, Azevedo¹⁴ destaca que nesta teoria “[...] participantes se engajam em um processo de análise de decisões baseando sua conduta na expectativa de comportamento da pessoa com quem se interage [...]”, coadunando com a percepção de que é preciso se colocar no lugar alheio para obter uma vantagem pessoal. Os ganhos e perdas afetam a dupla ou grupo envolvido no cenário conflituoso.

A Teoria dos Jogos, portanto, tem caráter pacificador nos conflitos. Ela trabalha com um processo de decisão no qual se identifica o comportamento estratégico de cada um dos indivíduos. Nesse sentido, a Teoria dos Jogos estuda as decisões com base nas ações dos participantes, que entendem que seus atos geram ganhos e perdas para si, e também para os outros jogadores. Devido a isso, é um meio eficaz para compreender o comportamento racional estratégico.¹⁵ O termo “teoria” advém das teorias dos modelos matemáticos que ao analisar as condições de um conflito, pesquisam a escolha de decisões ótimas. O termo “jogo”, por sua vez, tem como elemento básico a equipe de jogadores que o compõem. Numa partida cada jogador opta por uma estratégia. Como os interesses ou preferências se distinguirão entre os participantes, cria-se um cenário de situações ou perfis específicos no espaço comum de todas as situações ou perfis possíveis.¹⁶

Um exemplo clássico da Teoria dos Jogos e o comportamento estratégico é o dilema dos prisioneiros. Atenta-se ao caso:

¹² FRANCEZ, David Jonnes. **Uma introdução à teoria dos jogos**. Dissertação (Mestrado em Matemática). Centro de Ciências Físicas e Matemáticas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

¹³ SENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A possibilidade do tratamento de conflitos no âmbito do Judiciário por meio da teoria dos jogos**. Desenvolvimento em Questão, Ijuí: Editora Unijuí, v. 7, 2009, p. 75.

¹⁴ AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022, p. 55.

¹⁵ NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 654, 30 ago. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422004>. p. 663.

¹⁶ BARRETO, Larissa Santana *et. al.* **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**.

Dois prisioneiros, A e B, são acusados de colaborar em um crime. Depois de presos, eles são postos em celas separadas. Um policial vai a cada um deles e avisa: 'A situação é a seguinte. Se o seu parceiro confessa e você permanece em silêncio, você vai pegar cinco anos de cadeia. Mas se o seu parceiro confessa e você também confessa, vocês dois pegarão apenas três anos. Por outro lado, se tanto você como seu parceiro permanecerem em silêncio, nós poderemos dar uma pena menor, e você terá um ano de cadeia. Mas se o seu parceiro silencia e você confessa, nós soltaremos você em três meses.' Essa proposta é oferecida a ambos os prisioneiros.¹⁷

Nessa situação, constata-se a estratégia ótima, a estratégia dominante e o equilíbrio de Nash. A estratégia ótima consagra-se por apresentar o melhor resultado: "[...] se o seu parceiro silencia e você confessa, nós soltaremos você em três meses [...]." Desse modo, se o prisioneiro "A" confessar e o prisioneiro "B" silenciar, o primeiro cumprirá somente três meses de prisão. Porém, o resultado é prejudicial para B e injusto, porque receberia pena maior em prol do benefício concedido a "A". O mesmo ocorreria com "A" numa análise contrária.¹⁸ Na legislação brasileira, por exemplo, o silêncio não é incriminador. Recorda-se do artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal de 1988¹⁹. Portanto, a estratégia ótima de um prisioneiro, seria péssima para o outro. E, assim qual justiça se concretiza? Nenhuma. Não se pode prejudicar alguém em benefício de outrem, puramente por uma decisão particular.

A estratégia dominante identifica o resultado mais benéfico para um jogador, independentemente da escolha do adversário. Precisa-se ter em mente que quando expostas as hipóteses do dilema aos jogadores, nenhum sabe da escolha do outro. Só saberão ao final, quando divulgados os resultados.²⁰ Então, pela lógica do pensar humano, cada um decidirá o melhor resultado para si, que na situação passaria a estratégia ótima e não a dominante. Então, qual seria a estratégia dominante? No dilema do prisioneiro, ela parte da seguinte pergunta: "[...] para cada escolha que eu possa fazer, qual é a melhor escolha para o outro jogador? [...]." Em tese, a possibilidade ideal é "[...] se o seu parceiro confesso e você também confessa, vocês dois pegarão apenas três anos [...]." Nesse sentido, ainda que a pena seja maior do que as outras escolhas, é dominante, porque oferece o mesmo resultado para os participantes. Outrossim, é preventiva, no sentido de que se caso os jogadores pudessem decidir antes da escolha final, evitaria que combinassem de confessar, e na hora da decisão fossem tentados a decidir pela estratégia ótima, isoladamente mais benéfica.²¹

¹⁷NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ, Karen Beltrame Becker. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. p. 663.

¹⁸ _____. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. p. 663.

¹⁹Art. 5º. LXIII. o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil Federal de 1988**. Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 nov. 2022.

²⁰ _____. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. p. 665.

²¹ _____. **Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação**. p. 665

De acordo com Azevedo²², o dilema do prisioneiro demonstra que os jogadores ficam em situação pior que a inicial, em razão de cada um seguir seu interesse próprio. Nas suas considerações, seria fundamental o firmamento de um acordo, bem como de uma regra de não violação da decisão coletiva, a fim de que o participante com intenções de trair seu adversário, assim não faça. Neste entender, a visão de Azevedo está correta.

Já, o equilíbrio de Nash é solidário. Enquanto, nas estratégias ótimas e dominantes o jogador pensa mais si que no seu oponente, sem equilibrar os interesses opostos, na proposta de Nash os participantes trabalham em favor de suas pretensões conforme o desempenho de seu adversário.²³ Desse modo, se os sujeitos cooperarem entre si igualmente, melhor será o resultado. Se um dos indivíduos não se doar tanto à solução do problema, ainda sim o jogador oponente pensará na ação mais benéfica para ambos, enquanto que nas estratégias ótimas e dominantes esse agir empático é excluído da tomada de decisão. Consta-se que todas as estratégias dominantes são o equilíbrio de Nash, mas nem todos os equilíbrios de Nash são estratégias dominantes.

Na situação do dilema dos prisioneiros, a estratégia dominante é quando ambos os prisioneiros confessam. Nesta situação, ainda que o resultado não seja ótimo, está garantido o equilíbrio, pois o resultado é igual para ambos. Não há um prejuízo para um dos participantes. Todavia, se ambos os prisioneiros silenciam, há prevalência da estratégia ótima, pois aquele que primeiro escolhe silenciar, recebe somente um ano de pena.²⁴ Por isso, não existe a possibilidade de uma estratégia dominante. Das três formas apresentadas, o equilíbrio de Nash é a que mais busca a cooperação. Os desejos de um jogador são respeitados tanto quanto do outro. O interessante é que um participante não anula seus requerimentos em prol do outro, tampouco os sobrepõe. De fato, há um equilíbrio, uma justa contraprestação.

As definições de Teoria dos Jogos e a significação do comportamento estratégico, sobretudo, por meio do exemplo do dilema dos prisioneiros demonstram que a matemática e seu pensar racional, auxiliam o Direito a entender a vontades das partes, criando formas pré-estabelecidas para tanto. Em síntese, são fornecidos os caminhos, e um deles será o ponto de partida para evitar ou minimizar um conflito, sem desconsiderar que a decisão final é dos envolvidos. A Teoria dos Jogos não deixa de ser um núcleo de vertentes democráticas.

²² _____. Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação. p. 665.

²³ _____. Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação. p. 666.

²⁴ _____. Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação. p.666.

3. A TEORIA DOS JOGOS COMO RESPOSTA AOS EFEITOS DO DESMATAMENTO NA IMPORTAÇÃO DE COMMODITIES EUROPA-BRASIL

Dentre os seis biomas do Brasil, salienta-se que na Floresta Amazônica os commodities estão inseridos num contexto de capitalismo selvagem. O uso da terra na Amazônia pertence a poucos abastados, membros dos oligopólios. A produção é voltada para o mercado externo. É latente a dominação de grupos de poder. A agricultura tradicional perdeu espaço para a produção em massa e a pecuária extensiva. A produção de soja e do eucalipto avançam, enquanto há escassez de alimentos básicos. A população local está sofrendo com a insegurança alimentar, distribuição da renda, acesso à terra, geração de emprego e preservação ambiental.²⁵

A questão dos commodities é interessante, porque no mercado interno observa-se que eles geram esses problemas estruturais. Mas, no mercado externo, como Europa, as importações representam uma fatia lucrativa do bolo econômico. Na lista dos países europeus que mais recebem importações do Brasil em 2022, encontra-se Portugal em primeiro lugar e em segundo Itália. Este último recebe alta produção de kiwi.²⁶ Outros países que importam commodities brasileiros são Holanda, Alemanha, Espanha e Bélgica. Os produtos mais buscados por esses países foram farelos e resíduos da extração de óleo de soja, café cru em grãos, minérios de ferro e seus concentrados, celulose e soja.²⁷

Entretanto, o Monitor do Comércio Exterior Brasileiro²⁸ em seu dado mais recente, atualizado em 03 de novembro de 2022, apresentou que o volume de exportações (incluindo os commodities) entre Brasil e Europa caiu -1,5% em comparação ao mês de outubro de 2022. É um indício que o continente está reativo aos produtos brasileiros, incluindo os commodities. Vislumbra-se o desmatamento como uma das causas.

Em 17 de novembro de 2021, com aprovação em 13 de setembro de 2022, a Comissão Europeia criou três medidas inéditas para aprovar o Pacote Ecológico Europeu, o qual é uma iniciativa para tratar da degradação ambiental e alterações climáticas. A finalidade é tornar a UE uma economia moderna, eficiente, assim como que utiliza recursos para fazer com que emissões líquidas de gases com efeito de estufa sejam nulas em 2050. Outrossim, uma proposta que foca

²⁵SILVA, José de Ribamar Sá. Produção de commodities, desmatamento e insegurança alimentar na Amazônia Brasileira. **Revista Geográfica de América Central**, Universidad Nacional Heredia, Costa Rica, v. 2, jan./dez. 2011. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4517/451744820468.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

²⁶JÚNIOR, Garret Gilson. **Itália é o 2º país europeu que o Brasil mais importa produtos alimentícios**. 13 mai. 2022. Exame. Disponível em: <<https://exame.com/economia/italia-e-o-2o-pais-europeu-que-o-brasil-mais-importa-produtos-alimenticios/>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²⁷ FAZCOMEX. **Saiba mais sobre a relação entre Brasil e União Europeia**. 25 out. 2022. Disponível em: <<https://www.fazcomex.com.br/comex/brasil-e-uniao-europeia-exportacao-e-importacao/>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

²⁸MONITOR DO COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO. **Exportações e importações**. Out. 2022. Disponível em: <<https://balanca.economia.gov.br/balanca/IPQ/index.html>>. Acesso em: 01 nov. 2022.

o crescimento econômico dissociado da utilização de recursos e na igualdade de tratamento de todas as regiões. É uma forma de superar os efeitos da Pandemia da Covid-19.²⁹ Uma das propostas reside na vedação de importar commodities de países que se omitem diante do desmatamento³⁰, estando o Brasil abarcado nessa regra. Segundo o vice-presidente executivo do *European Green Deal*, Frans Timmermans:

Para ter sucesso na luta global contra as crises do clima e da biodiversidade, devemos assumir a responsabilidade de agir tanto em casa quanto no exterior. O nosso regulamento de desflorestação responde aos apelos dos cidadãos para minimizar a contribuição europeia para a desflorestação e promover o consumo sustentável. Nossas novas regras para governar as remessas de resíduos impulsionarão a economia circular e garantirão que as exportações de resíduos não prejudiquem o meio ambiente ou a saúde humana em outros lugares. E nossa estratégia de solo permitirá que o solo fique saudável, seja usado de forma sustentável e receba a proteção legal de que precisa.³¹

Em suma, a União Europeia quer promover o consumo sustentável em seu território, evitando receber produtos de países maculados pelo desmatamento. O Brasil em seu estado atual, se encaixa nesse perfil. A Europa acompanha o histórico de desmatamento, especialmente na Amazonia, há anos. Em 2021, França e Alemanha alimentaram pressão ambiental sobre o Brasil acerca da reabertura do Fundo Amazônia. A condição era que o governo federal reduzisse ainda mais os números do desmatamento. Como isso não foi identificado, o processo ficou estagnado.

Porém essa situação está em fase de mudanças. O Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a reativação do Fundo em sessenta dias, contados do início do mês de novembro de 2022. E, após o resultado das eleições presidenciais do Brasil em 2022, que elegeram Luiz Inácio Lula da Silva, Alemanha e Reino Unido já anunciaram que pretendem reativar os repasses. Este pode ser um sinal favorável a manutenção das importações de commodities, contudo, não é garantia.

Por isso, a Teoria dos Jogos e sua essência pacificadora de conflitos são respostas para promoção do diálogo e construção de um Acordo de Cooperação. Ela estimula o raciocínio e fornece soluções estratégicas. Através desses postulados, identifica-se o comportamento

²⁹COMISSÃO EUROPEIA. **Pacto Ecológico Europeu: procurar ser o primeiro continente com um impacto neutro no clima.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt>. Acesso em: 02 nov. 2022.

³⁰BETHÔNICO, Thiago. Europa aprova proposta que veta importações ligadas a desmatamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 de set. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/09/europa-aprova-proposta-que-veta-importacoes-ligadas-a-desmatamento.shtml#:~:text=UE%20aprova%20proposta%20que%20veta,09%2F2022%20%2D%20Mercado%20%2D%20Folha>>. Acesso em: 28 out. 2022.

³¹To succeed in the global fight against the climate and biodiversity crises we must take the responsibility to act at home as well as abroad. Our deforestation regulation answers citizens' calls to minimise the European contribution to deforestation and promote sustainable consumption. Our new rules to govern waste shipments will boost the circular economy and ensure that waste exports do not harm the environment or human health elsewhere. And our soil strategy will allow soil to get healthy, be used sustainably and receive the legal protection it needs. COMISSÃO EUROPEIA. **Pacto Ecológico Europeu: procurar ser o primeiro continente com um impacto neutro no clima.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt>. Acesso em: 02 nov. 2022.

estratégico de Brasil e Europa no que concerne à importação de commodities. Ambos são os sujeitos da interação. Os ganhos e perdas de um afetam o outro. O Brasil tem vantagem pelo lucro que obtém, mas o perde quando destrói seu próprio meio ambiente. As perdas decorrem do enfraquecimento da política externa, com o desgaste, e da crise ambiental que cada vez mais se amplia.

A Europa, por sua vez, ganha ao promover o consumo sustentável, porém perde na possibilidade ter produtos ausentes, escassos ou de qualidade diferenciada em seu território. O dilema do prisioneiro se aplica perfeitamente nesse caso em analogia. Se a União Europeia aprovar a medida contra importação de países vinculados ao desmatamento, está atingindo a estratégia ótima, com o melhor benefício para si. Entretanto, prejudica o sistema econômico do Brasil e não ajuda a construir um Acordo de Cooperação com metas claras a serem cumpridas contra o desmatamento, para fins de ter a contraprestação de continuar importando.

A estratégia dominante se observa em a Europa cobrar de países uma resposta ao desmatamento, sem apresentar autoconhecimento, entendendo que também tem problemas nessa seara. Então, deveria ao passo que exige comprometimento ambiental, demonstrar da mesma forma apresentar formas reais de combater o desmatamento em seu território. O consumo sustentável é imprescindível. Claro! Entretanto, mostra-se genérico diante do desmatamento. A Europa precisa mostrar que luta contra esse gravame tal como os países que critica. Assim, a estratégia dominante existirá com dois resultados iguais, ainda que o fim almejado não seja ótimo para um dos agentes.

O fato é que o dilema dos prisioneiros trabalha com hipótese, e todas elas precisam ser apresentadas aos participantes. Porém, neste entender, é o equilíbrio de Nash a forma mais eficaz de liquidar o atrito. Seu Espírito cooperativo é essencial para que Europa sopesse seus interesses de aplicar o consumo sustentável, ao mesmo tempo que oferece ao Brasil ou quaisquer países que entenda necessário, um diálogo receptivo e, por conseguinte, a construção de um Acordo de Cooperação.

De acordo com a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP)³², “No âmbito internacional, Acordos de Cooperação são ajustes genéricos estabelecidos entre organizações de países distintos ou com organizações supranacionais. Por meio destes instrumentos, definem-se os objetivos da cooperação, áreas de trabalho, formas de implementação, prazos e interlocutores.” Nessa linha de raciocínio, a Teoria dos Jogos e suas ramificações mostram-se capazes de compreender os sujeitos o pensamento dos sujeitos Brasil e Europa, aplicando o princípio do comportamento estratégico e o dilema dos prisioneiros. A finalidade é propor um documento

³²FINEP. **Acordos de cooperação**. Financiadora de Estudos e Projetos. Disponível em: < <http://www.finep.gov.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

ratificado por Brasil e Europa, após a aprovação definitiva do Pacote Ecológico Europeu, cada vez mais próxima, ou seja, o Acordo de Cooperação.

O teor do documento será pautado pela perspectiva ambiental do Parlamento Europeu contra o desmatamento. O foco é propor medidas de combate ao desmatamento, com obrigações recíprocas entre Brasil e União Europeia. Também, objetivos da cooperação (normas contra o desmatamento para os dois países), áreas de trabalho (preservação de biomas e desenvolvimento econômico), formas de implementação (documento escrito, relatórios anuais, fiscalização mensal, etc.), prazos (revisão do documento a cada quatro anos, por exemplo) e interlocutores (designação de lideranças mediadoras), tal como aduz conceito da FINEP, anteriormente transcrito, adaptado para o caso concreto. Tal Acordo de Cooperação significaria a criação de um Tratado Internacional para que países europeus e o Brasil estipulem regras para cumprimento e violação do Pacote Ecológico Europeu, como multas e sanções econômicas.

Conclui-se a terceira parte do artigo, compreendendo-se que a Teoria dos Jogos e suas vertentes oferecem um plano preventivo e/ou remediador, em caso de aprovação definitiva do referido Pacote Ecológico. Nessa senda, o governo brasileiro não pode ser omisso diante do desmatamento de seus biomas. Há que se equiparar as questões ambientais e econômicas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em vista dos argumentos apresentados, constata-se que a Teoria dos Jogos é solução eficaz para resolver o impasse acerca da importação de commodities entre Europa e Brasil sob o ponto de vista da perspectiva ambiental do Parlamento Europeu. Isso porque, ela promove o diálogo entre ambos, trazendo respostas palpáveis.

No primeiro capítulo, constatou-se que o número de áreas desmatadas e alertas de desmatamento cresceram exponencialmente desde janeiro 2019 até julho de 2022, último mês referência do Relatório Anual do Desmatamento 2021. Apresentou-se duas causas para tanto: a gestão bio/Necropolítica do então Presidente da República Jair Messias Bolsonaro e a expansão desenfreada da agropecuária e extração mineral, dominada por grandes produtores rurais, pecuaristas e extrativistas. Se analisadas conjuntamente, ambas situações se conectam, uma vez que a segunda se intensificou no país pelas ações e omissões do Poder Executivo Federal no período descrito.

Já, no segundo capítulo, abordou-se a Teoria dos Jogos, o comportamento estratégico e o dilema dos prisioneiros. Compreendeu-se o conceito e a contextualização da Teoria dos Jogos, seja na matemática, no Direito ou seu caráter interdisciplinar. O comportamento estratégico foi explicado com base na interação dos sujeitos, e como é possível perceber o perfil de pensamento

dos participantes. O dilema dos prisioneiros foi usado como exemplo prático para explicar o conceito e aplicação das estratégias ótima e dominantes, bem como o equilíbrio de Nash. Dessa forma, houve a clareza do conteúdo.

Por fim, o terceiro capítulo, analisou a perspectiva ambiental do Parlamento Europeu, entendendo as medidas restritivas adotadas pela União Europeia contra os países pelos quais importa commodities e têm relação com o desmatamento. Houve compreensão do Pacote Ecológico do Europeu. Através da Teoria dos Jogos foi proposta a solução do impasse, acrescida de uma ideia de Acordo de Cooperação, instrumentalizada num tratado internacional, a fim de regular regras.

Frisa-se que a temática em questão integra a linha de pesquisa em Jurisdição Constitucional e Democracia, do Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo (UPF), pois trabalha com políticas públicas e a intervenção do Estado na economia, além da interferência do direito público no direito privado.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. 5. ed. Brasília: CNJ, 2015. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/c276d2f56a76b701ca94df1ae0693f5b.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022, p. 55.

BARRETO, Larissa Santana *et. al.* **Uma Introdução a Teoria dos Jogos**. II Bienal da SBM, Universidade Federal da Bahia, Salvador. 25 a 29 out. 2004.

BELCHIOR, Luciano. Reino Unido estuda entrada no Fundo Amazônia. **G1 Mundo**. 21 nov. 2022. Disponível em: <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2022/11/21/reino-unido-estuda-entrada-no-fundo-amazonia.ghtml>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BISPO, Fábio; CHAVES, Leandro. **Em imagens de satélite: a devastação da Amazônia no governo Bolsonaro**. InfoAmazonia. 28 out. 2022. Disponível em: <infoamazonia.org/2022/10/28/imagens-satelite-desmatamento-amazonia-governo-bolsonaro/>. Acesso em: 22 nov. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 12 ago. 2020. Acesso em: 12 nov. 2022.

COMISSÃO EUROPEIA. **Pacto Ecológico Europeu: procurar ser o primeiro continente com um impacto neutro no clima.** Disponível em: <https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_pt>. Acesso em: 02 nov. 2022.

ÉPOCA NEGÓCIOS. Alemanha se junta à França em pressão ambiental sobre o Brasil. **Estadão**. 09 dez. 2021. Disponível em: < <https://epocanegocios.globo.com/Um-So-Planeta/noticia/2021/12/epoca-negocios-alemanha-se-junta-a-franca-em-pressao-ambiental-sobre-o-brasil.html>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

FAZCOMEX. **Saiba mais sobre a relação entre Brasil e União Europeia.** 25 out. 2022. Disponível em:<<https://www.fazcomex.com.br/comex/brasil-e-uniao-europeia-exportacao-e-importacao/>>. Acesso em: 01 nov. 2022

FEARNSIDE, Philip Martin. **Os Novos Números de Desmatamento, Confirmam o “Efeito Bolsonaro”, Apesar das Negações.** Amazônia Real. 29 de nov. de 2018. Disponível em: <<https://amazoniareal.com.br/os-novos-numeros-de-desmatamento-confirmam-o-efeito-bolsonaro-apesar-das-negacoes/>>. Acesso em: 28 out. 2022.

BETHÔNICO, Thiago. Europa aprova proposta que veta importações ligadas a desmatamento. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 13 de set. 2022. Disponível em: <<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2022/09/europa-aprova-proposta-que-veta-importacoes-ligadas-a-desmatamento.shtml#:~:text=UE%20aprova%20proposta%20que%20veta,09%2F2022%20%2D%20Mercado%20%2D%20Folha>>. Acesso em: 28 out. 2022.

FINEP. **Acordos de cooperação.** Financiadora de Estudos e Projetos. Disponível em: <<http://www.finep.gov.br/>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

FRANCEZ, David Jonnes. **Uma introdução à teoria dos jogos.** Dissertação (Mestrado em Matemática). Centro de Ciências Físicas e Matemáticas. Universidade Federal de Santa Catarina. Florianópolis, 2017. Disponível em: <<https://www.ime.usp.br/~rvicente/IntroTeoriaDosJogos.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

JÚNIOR, Garret Gilson. **Itália é o 2º país europeu que o Brasil mais importa produtos alimentícios.** 13 mai. 2022. Exame. Disponível em: <<https://exame.com/economia/italia-e-o-2o-pais-europeu-que-o-brasil-mais-importa-produtos-alimenticios/>>. Acesso em: 24 nov. 2022

MAPBIOMAS ALERTA. **O projeto.** Disponível em: <<https://mapbiomas.org/o-projeto>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

_____. **Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2021**. São Paulo: MapBiomias, 2022. p. 17-18.

_____. **Relatório Anual do Desmatamento no Brasil 2020**. São Paulo: MapBiomias, 2021. p. 7-8.

MBEMBE, Achille. **Necropolítica: biopoder, soberania, estado de exceção e política da morte**. São Paulo: n-1 edições, 2018.

MONITOR DO COMÉRCIO EXTERIOR BRASILEIRO. **Exportações e importações**. Out. 2022. Disponível em: < <https://balanca.economia.gov.br/balanca/IPQ/index.html>>. Acesso em: 01 nov. 2022

NASCIMENTO, Aline Trindade do; FRITZ, Karen Beltrame Becker. Reflexões sobre a Teoria dos Jogos na Mediação. **Revista Eletrônica do Curso de Direito da Ufsm**, [S.L.], v. 11, n. 2, p. 654, 30 ago. 2016. Universidade Federal de Santa Maria. <http://dx.doi.org/10.5902/1981369422004>. p. 663-666.

SENGLER, Fabiana Marion; SPENGLER NETO, Theobaldo. **A possibilidade do tratamento de conflitos no âmbito do Judiciário por meio da teoria dos jogos**. Desenvolvimento em Questão, Ijuí: Editora Unijuí, v. 7, 2009, p. 75.

SILVA, José de Ribamar Sá. Produção de commodities, desmatamento e insegurança alimentar na Amazônia Brasileira. **Revista Geográfica de América Central**, Universidad Nacional Heredia, Costa Rica, v. 2, Jan./Dez. 2011. Disponível em: <<https://www.redalyc.org/pdf/4517/451744820468.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

UNIVERSITY OF PENNSYLVANIA. **Prefixos e Sufixos Úteis em Biologia**. Tradução de Veterinary Parasitology VPTH603 Laboratory. 2005. Disponível em: http://py4olb.no-ip.org/qsolucoes/transparencias/Prefixos_e_sufixos_biologia.pdf. Acesso em: 22 nov. 2022.

O STF, RISCO E COVID-19
THE STF, RISK AND COVID-19

Bianca Neves de Oliveira¹

RESUMO

Este artigo tem como objetivo principal analisar a decisão do STF sobre a vacinação compulsória como exemplo de hermenêutica neoconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Vacinação compulsória. Neoconstitucionalismo.

ABSTRACT

This article has as main objective to analyze the decision of the Supreme Court on compulsory vaccination as an example of neoconstitutional. Hermeneutics.

KEYWORDS: Compulsory vaccination. Neoconstitutionalism.

INTRODUÇÃO

A comunicação intersistêmica entre o Sistema do Direito e o Sistema da saúde nas decisões sobre a Covid-19 no Brasil transcorreu de forma a garantir a eficácia de Direito Fundamental? A hermenêutica, de Paolo Comanducci, diferentemente, da perspectiva dogmática normativista, permite aprofundar, a comunicação entre o sistema do direito e a saúde, como condição de regulação e garantia de direito fundamental, nas decisões do STF durante a emergência da covid-19 no Brasil?

O poder judiciário, por meio do STF tomou importantes decisões sobre a saúde durante esse período, sendo as principais: a competência dos Estados e Municípios, e sobre a vacinação compulsória. Neste último aspecto, o ministro do STF, Lewandowski, afirmou o direito constitucional de proporcionar a toda a população interessada o acesso à vacina para prevenção da Covid-19.

Em suma, a pesquisa efetua uma observação hermenêutica diferenciada da proposta normativista, dogmática, centrada somente na legislação, para uma crítica voltada para análise das decisões das organizações, STF, apontando os critérios de padronização adotados, suas

¹ Bacharel em Direito pela Unisinos. Mestranda em Direito da UPF.

especificidades, dificuldades de efetividade e necessidade de reelaboração conceitual para o enfrentamento das improbabilidades e indeterminações sistêmicas. E, assim sendo, mostrar a importância da efetividade dos Direitos Fundamentais. A presente pesquisa tem como finalidade explicar a decisão do STF sobre a vacinação compulsória no Brasil durante a Covid-19 como exemplo de interpretação neoconstitucionalismo, conforme as teorias de Comanducci (e juristas como Luís Roberto Barroso, no Brasil).

2. DECISÃO DO STF

No Brasil, a Constituição Federal de 1988², previu uma série de ações constitucionais que possibilitam que se questionem decisões do Estado. Além desses avanços em matéria de acesso à jurisdição, os recentes desafios do Direito Constitucional têm evidenciado a extensão da repercussão de questões jurídicas para além dos territórios dos Estados nacionais³ e dos próprios limites técnico-jurídicos de comunicação⁴.

Por consequência, a própria concepção de Constituição, quando alçada ao patamar de resolução de casos globais, ultrapassa seu tradicional limite de mediação entre os sistemas sociais do Direito e da Política. Tomando por base esse contexto, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu que o Estado pode determinar aos cidadãos que se submetam, compulsoriamente, à vacinação contra a Covid-19, prevista na Lei 13.979/2020⁵, para a específica situação emergencial decorrente da pandemia da Covid-19, hipótese materialmente distinta. Por essa razão, tampouco se confunde a hipótese com a do precedente assentado no julgamento da Rep. 945 (Relator Ministro Cunha Peixoto, DJ 11.8.1978), são competentes para determinar a realização de vacinação compulsória, desde que amparada a medida em evidências científicas e análises sobre as informações estratégicas em saúde que demonstrem sua indispensabilidade à promoção e preservação da saúde pública, nos termos do voto proferido pelo eminente relator.

De acordo com a decisão, o Estado⁶ pode impor aos cidadãos que recusem a vacinação as medidas restritivas previstas em lei (multa, impedimento de frequentar determinados lugares, fazer matrícula em escola), mas não pode fazer a imunização à força. Também ficou definido

² BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 nov.2022.

³ FEBBRAJO, Alberto. **Sociologia do constitucionalismo**. São Paulo: Juruá, 2016, p.18.

⁴ TEUBNER, Gunther. Fragmentos constitucionais. Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016, p.132.

⁵ Lei **13.979/2020**, de modo a fixar a exegese de que os gestores de saúde, em todos os níveis federativos.

⁶ RIO GRANDE DO SUL. **Decretos Estaduais**. Disponível em:

< <https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>> acesso em> 26nov.2022.

que os estados, o Distrito Federal e os municípios têm autonomia para realizar campanhas locais de vacinação. O entendimento foi firmado no julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) 6586/DF⁷ e 6587/DF⁸, afirmou que a obrigatoriedade da vacinação é constitucional, desde que o Estado não adote medidas invasivas, aflitivas ou coativas, que tratam unicamente de vacinação contra a Covid-19, e do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1267879, em que se discute o direito à recusa à imunização por convicções filosóficas ou religiosas. O exame da matéria foi iniciado na sessão, com o voto do ministro Ricardo Lewandowski, relator das ADIs.

Nesse sentido, salienta-se que em seu voto, apresentado na sessão, o ministro Luís Roberto Barroso, relator do ARE 1267879, 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, segunda sua leitura, devem prevalecer sobre os direitos individuais. Com isso, o Estado pode, em situações excepcionais, proteger as pessoas, mesmo contra sua vontade por exemplo, ao obrigar o uso de máscara, ocorrendo assim, segurança e proteção da população.

Para Barroso, não são legítimas as escolhas individuais que atentem contra os direitos de terceiros, afirmando que a vacinação em massa é responsável pela erradicação de uma série de doenças, sendo, necessário imunizar uma parcela significativa da população, a fim de atingir a imunidade de rebanho. O ministro também se manifestou pela constitucionalidade da vacinação obrigatória, desde que o imunizante esteja devidamente registrado por órgão de vigilância sanitária, esteja incluído no Plano Nacional de Imunização (PNI), tenha sua obrigatoriedade incluída em lei ou tenha sua aplicação determinada pela autoridade competente.

Por conseguinte, Barroso refere-se em seu texto sobre “Neoconstitucionalismo e transformações do direito constitucional contemporâneo,” identifica três tópicos que se seguem, empreende-se o esforço de reconstituir, de maneira objetiva, a trajetória percorrida pelo direito constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, levando em conta três marcos fundamentais: o histórico, o teórico e o filosófico. Neles estão contidos as ideais e as mudanças

⁷ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIs 6.586.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17 de dezembro de 2020. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754722385&prclID=6033038&ad=s#>. Acesso em 24nov.de 2022.

⁸ BRASIL. **Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIs 6.587.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17 de dezembro de 2020. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754722385&prclID=6033038&ad=s#>. Acesso em 26 nov.de 2022.

de paradigma que mobilizaram a doutrina e a jurisprudência nesse período, criando uma percepção da Constituição e de seu papel na interpretação jurídica em geral.⁹

A aproximação dos ideais de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: Estado democrático de direito, Estado constitucional de direito, Estado constitucional democrático. A principal referência no desenvolvimento do novo direito constitucional é a Lei Fundamental de Bonn (Constituição alemã), de 1949, e, especialmente, a criação do Tribunal Constitucional Federal, instalado em 1951. A partir daí teve início uma fecunda produção teórica e jurisprudencial, responsável pela ascensão científica do direito constitucional no âmbito dos países de tradição romano-germânica. A segunda referência de destaque é a da Constituição da Itália, de 1947, e a subsequente instalação da Corte Constitucional, em 1956. Ao longo da década de 70, a redemocratização e a reconstitucionalização de Portugal (1976) e da Espanha (1978) agregaram valor e volume ao debate sobre o novo direito constitucional. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988.

De acordo com o Barroso, a CF/88 tem propiciado que, o direito constitucional, no Brasil, passou da desimportância ao apogeu em menos de uma geração. Uma Constituição não é só técnica. Tem de haver, por trás dela, a capacidade de simbolizar conquistas e de mobilizar o imaginário das pessoas para novos avanços. É um grande progresso. Superamos a crônica indiferença que, historicamente, se manteve em relação à Constituição. E, para os que sabem, para ele, é a indiferença, não o ódio, o contrário do amor.¹⁰

De acordo com esse marco teórico, destaca-se três grandes transformações, que subverteram o conhecimento convencional relativamente à aplicação do direito constitucional: a) o reconhecimento de força normativa à Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.¹¹

O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 80, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de

⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAdm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.2.

¹⁰ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAdm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.4.

¹¹ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAdm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.5.

exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.¹²

No Brasil, o controle de constitucionalidade existe, em molde incidental, desde a primeira Constituição republicana, de 1891. A denominada ação genérica (ou, atualmente, ação direta), destinada ao controle por via principal, abstrato e concentrado, foi introduzida pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965. Nada obstante, a jurisdição constitucional expandiu-se, verdadeiramente, a partir da CF/88. A causa determinante foi a ampliação do direito de propositura. A ela somou-se a criação de novos mecanismos de controle concentrado, como a ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental.¹³

Em suma, o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, por Barroso, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio às quais podem ser assinalados, como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; como marco filosófico, o pós-positivismo, com a centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômenos resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito.¹⁴

Na atualidade, atravessamos um momento populista na política. Isso provoca críticas como as de um livro famoso, **Levitsky e Ziblatt** “Como as democracias morrem”, que colocam a tese de que a morte das democracias pós-Guerra Fria, se dá, predominantemente pelas mãos de líderes eleitos, não pela via dos golpes de Estado clássicos. Para eles, o “retrocesso democrático hoje começa nas urnas”¹⁵

De acordo com Levitsky e Ziblatt, para prevenir a ascensão de “demagogos”, os autores propõem uma *check list* do comportamento autoritário. Na ordem apresentada, tais são os

¹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAcm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.6

¹³ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAcm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.7.

¹⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**, in RDAcm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005, p.12.

¹⁵ LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.16.

indicadores: rejeição das regras democráticas do jogo, negação da legitimidade dos oponentes políticos, tolerância ou encorajamento à violência, propensão a restringir liberdades civis dos oponentes, inclusive a mídia¹⁶.

De sua parte, um importante sociólogo da teoria da sociedade em rede, Castels, no seu livro: *Ruptura: A crise da democracia liberal*, a questão central da crise da democracia é o fenômeno da representação política e sua relação com as instituições políticas. Entretanto, as críticas já vêm sendo construídas há bastante tempo e não podem ser consideradas algo novo, assim como as consequências que levaram ao crescimento da direita na política, como muitos adeptos da esquerda, incluindo o desgaste do sistema democrático liberal já sofreu críticas contumazes há bastante tempo e vem se desgastando no cenário mundial de forma vertiginosa.¹⁷

Conforme Castels, referindo-se ao colapso da democracia liberal enquanto modelo político de representação e governança abre espaço ao pós-liberalismo, sob uma aparente expressão de ordem revestida pelo caos, que figura com partidos nacionalistas, xenofóbicos e críticos à política tradicional. Constata-se, portanto, que se a crise política tem uma dimensão global, apesar das suas especificidades locais, se trata “do colapso gradual de um modelo de representação”.¹⁸

3. FORMAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO SEGUNDO PAOLO COMANDUCCI

Já do ponto de vista de Comanducci, é apropriado sublinhar desde o início, a fim de evitar ambiguidades na análise que pretendo cumprir, a dupla transmitida pelos termos “constitucionalismo” e “neoconstitucionalismo”, designam, em um primeiro sentido, uma teoria e/ou uma ideologia e/ou um método de análise do direito. Em um segundo sentido, eles designam, em vez disso, alguns elementos estruturais de um sistema jurídico e político, que são descritos e explicados pelo (neo)constitucionalismo como uma teoria, ou que satisfazem os requisitos do (neo)constitucionalismo como ideologia, nesse segundo sentido, o “constitucionalismo” e o “neoconstitucionalismo” designam um modelo constitucional, ou seja, o conjunto de mecanismos normativos e institucionais, realizados em um sistema jurídico-político historicamente determinado, que limitam os poderes do Estado e/ou protegem os direitos fundamentais¹⁹.

¹⁶ LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.33-34.

¹⁷ CASTELS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.9.

¹⁸ CASTELS, Manuel. **Ruptura: A crise da democracia liberal**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p.10.

¹⁹ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.72.

Segundo Comanduci, relata no primeiro parágrafo, suas características essenciais e levando-a em consideração apenas como ideologia jurídica, o constitucionalismo moderno que se afirmar, na Europa continental, entre o final do século XVIII e o início do século XIX, e cujo declínio definitivo coincide *aproximadamente* com a promulgação das Constituições do pós-guerra, ou seja, uma reconstrução histórica esquemática das vicissitudes do modelo constitucional italiano (análogo, pelo menos em parte, aos dos outros modelos constitucionais da Europa continental).²⁰ De acordo com o terceiro parágrafo da obra, procura-se reunir os diversos tipos de neoconstitucionismo, presentes no debate jus-teórico contemporâneo, e os três sentidos em que, segundo Bobbio, se pode falar de positivismo jurídico. Distinguirei, portanto, um neoconstitucionalismo como uma teoria do direito, um neoconstitucionalismo como ideologia do direito e um neoconstitucionalismo como método de análise do direito, dando um breve exemplo de cada um deles²¹. Já no quarto parágrafo critica-se uma variante do neoconstitutismo teórico (representado, por um lado, por Ferrajoli e, por outro, por Zagrebelsky); avança-se então algumas dúvidas sobre a ideologia neoconstitucionista; e, finalmente, ataca-se de frente o neoconstitucionalismo metodológico.²²

O autor destaca que seu objetivo acima de tudo, é delinear as várias "formas" de neoconstitucionismo.²³ Com isso, observa-se que, o constitucionalismo moderno apresenta-se na forma de três tricotomias, uma espécie de tipologia esquemática do constitucionalismo moderno, entendida como uma ideologia jurídica. A primeira tipologia tem a ver com os objetos e pretensões do constitucionalismo; a segunda tem a ver com os meios institucionais pelos quais as barbatanas do constitucionalismo devem ser realizadas; e o terceiro tem a ver com os meios políticos por que tais barbatanas devem ser alcançados. A primeira dicotomia pode ser apresentada de duas formas diferentes. Desde o início, pode-se distinguir entre constitucionalismo sem um sentido amplo e constitucionalismo sem um sentido restrito.²⁴

A segunda dicotomia é aquela entre constitucionalismo de contrapotências e constitucionalismo de regras. Refiro-me aqui e adoto a distinção feita por Bernard Manin.²⁵

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.73.

²¹ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.74.

²² COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.75.

²³ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.76.

²⁴ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.76.

²⁵ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.77.

Por conseguinte, o constitucionalismo dos contra-poderes é a ideologia que, para limitar o poder e/ou garantir direitos fundamentais, propõe um sistema institucional de *controles* e equilíbrios. A teoria de Montesquieu é obviamente a principal fonte doutrinária desse tipo de constitucionalismo, refere-se as regras sendo, a ideologia que, para limitar o poder e garantir direitos fundamentais, propõe reconhecer a prioridade cronológica e, sobretudo, axiológica de uma esfera de liberdades individuais sobre a ação do Estado. Um conjunto de regras fundamentais (uma constituição ou um projeto de lei de direitos) deve impedir a intrusão do Estado nessa esfera. O constitucionalismo das regras também poderia ser chamado, como propõe Manin, o constitucionalismo de mercado, se quiséssemos sublinhar a importância preeminente atribuída pelo constitucionalismo liberal do início do século XIX ao direito à propriedade e à liberdade de contrato. A principal fonte cultural desse tipo de constitucionalismo é, do meu ponto de vista, o iusnaturalismo voluntário e racionalista do século XVIII.²⁶

Em relação à terceira dicotomia é entre constitucionalismo reformista e constitucionalismo revolucionário. O constitucionalismo reformista é a ideologia que exige o poder existente de conceder, ou concordar com a promulgação de uma constituição. Já o constitucionalismo revolucionário é a ideologia que propõe destruir o poder existente e/ou exige o novo poder revolucionário para conceder-se uma constituição.

As seguintes relações pode-se analisar os elementos que compõem essas três dicotomias: A reforma e o constitucionalismo revolucionário são mutuamente incompatíveis; constitucionalismo no sentido amplo, obviamente, inclui constitucionalismo no sentido restrito, mas o constitucionalismo fraco e forte são incompatíveis uns com os outros; o constitucionalismo das regras é incompatível com o constitucionalismo fraco.

Para Comanducci, a principal função da Constituição não é garantir direitos individuais e universais, mas oferecer sanção legal a um compromisso político estipulado por facções que lutam para manter ou conquistar o poder.²⁷ Conforme Comanducci, no sistema italiano, também e sobretudo das deliberações do Tribunal Constitucional, houve uma progressiva "constitucionalização" da lei. Trata-se de um processo no final do qual a lei está "impregnada", "saturada" ou "incorporada" pela Constituição: um direito constitucionalizado é caracterizado por uma Constituição invasiva, que condiciona a legislação, jurisprudência, doutrina e comportamentos dos atores políticos. É também um conceito de pós-graduação: um direito pode ser mais ou menos constitucionalizado. Seguindo Guastini, as principais condições de constitucionalização são: A existência de uma Constituição rígida, que incorpore direitos

²⁶ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.78.

²⁷ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.79.

fundamentais; a garantia jurisdicional da Constituição; a força vinculante da Constituição (que não é um conjunto de normas "programáticas" mas "prescritivas"); a "interpretação exagerada" da Constituição (é interpretada extensivamente e princípios implícitos são deduzidos dela); a aplicação direta das normas constitucionais, também para regular as relações entre os indivíduos; a interpretação apropriada das leis.²⁸

Para Comanducci o neoconstitutismo contemporâneo, a distinção, feita por Bobbio, entre os três tipos, ou três significados, dopositivismo jurídico é bem conhecida: me parece apropriado, mesmo que seja um pouco forçado, instituir uma classificação análoga entre três diferentes formas de neoconstitucionalismo, teórico, ideológico, e metodológico, dessa forma, o confronto crítico entre tipos homogêneos de positivismo e, respectivamente, do neoconstitucionismo. Para Comanducci, é preciso observar que o neoconstitucionismo teórico, que também se caracteriza e, sobretudo, focando sua própria análise na estrutura e papel que, nos sistemas jurídicos contemporâneos, o documento constitucional pressupõe que defini em outros lugares como o "modelo descritivo da constituição como norma", e às vezes, pelo contrário, o "modelo axiológico da Constituição como norma".²⁹

Conforme Comanducci, alguns autores (por exemplo, de Alexy, Dworkin e Zagrebelsky) entende-se que, em sistemas democráticos e constitucionalizados contemporâneos, há uma conexão necessária entre a lei e a moralidade, o neoconstitucionais ideológicos está inclinado a entender que uma obrigação moral de obedecer à Constituição e as leis que estão em conformidade com a Constituição podem subsister hoje. E nesse sentido específico, o neoconstitucionismo pode ser considerado como uma variante moderna do positivismo ideológico do século XIX, que pregou a obrigação moral de obedecer à lei. Muito claro e exemplificante nesse sentido é Ronald Dworkin, especialmente na obra intitulada *Uma Leitura Moral da Constituição*³⁰

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A resposta a nossa indagação a respeito da importância da hermenêutica sobre o Covid-19 no STF, foi positiva. Em suma, na linha do neoconstitucionalismo de Comanducci, em situações em que os mecanismos democráticos de formação do direito funcionam, mais ou menos bem, tal solução favorece uma versão específica (dirigida aos juízes e não apenas ao

²⁸ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.81.

²⁹ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.83.

³⁰ COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, p.86.

legislador, como proposto *pelos defensores da aplicação da moral*) da tese segundo a qual a Lei deve tornar a moralidade positiva vinculante. Assim sendo a Decisão do STF caracteriza-se pela aplicação de critérios de moral positiva constitucional. Fruto desse processo, a constitucionalização do Direito importa na irradiação dos valores abrigados nos princípios e regras da Constituição por todo o ordenamento jurídico, notadamente por via da jurisdição constitucional, em seus diferentes níveis. Dela resulta a aplicabilidade direta da Constituição a diversas situações, a inconstitucionalidade das normas incompatíveis com a Carta Constitucional e, sobretudo, a interpretação das normas infraconstitucionais conforme a Constituição, circunstância que irá conformar-lhes o sentido e o alcance. O direito fundamental da saúde é um preceito moral no neoconstitucionalismo. Tratando-se especificamente do tema “vacinação compulsória”, a distinção efetivada entre “vacinação compulsória” e “vacinação forçada” foi de fundamental importância para a compreensão do tema.

Todavia, os pontos delimitados no julgamento acerca da possibilidade de vacinação compulsória evidenciam o papel de mediação do Sistema do Direito nos processos de inclusão/exclusão social.

De um lado, tem-se a tutela do Poder Judiciário na coordenação de diversas medidas que contribuem, por meio do Direito, para a inclusão do cidadão no Sistema da Saúde; de outro, observa-se o reconhecimento da chamada “exclusão social em cadeia” ocasionada pela negativa do cidadão em ser vacinado, uma vez que a inclusão no Sistema da Saúde esteja determinada por medida judicial.

No âmbito da Pandemia da Covid-19, a conexão direta entre as diretrizes da Organização Mundial da Saúde e as decisões do Supremo Tribunal Federal Brasileiro, evidenciam o modo como a Constituição Federal de 1988 tem passado por esse contato constante entre estruturas globais e locais³¹.

Nesse sentido, o caso, em comento, ao definir que a negativa à vacinação pode impor não somente RISCOS ao cidadão pela sua não inclusão no Sistema da Saúde (podendo ficar doente ao passo que poderia estar saudável), mas também, em razão dessa exclusão voluntária, excluí-lo, colocá-lo em perigo, compulsoriamente das prestações dos demais sistemas sociais. Por meio da análise proposta, demonstrou-se, portanto, como o Sistema do Direito possui papel

³¹ ROCHA, Leonel Severo Rocha; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho, DE OLIVEIRA, Bianca Neves. **CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO TRATAMENTO DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE A TRANSNACIONALIDADE DAS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS)**, in **PARADIGMAS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: REFLEXOS DAS PANDEMIAS**. Organizador Liton Lanes Pilau Sobrinho. Dados eletrônicos. – Itajaí. SC. UNIVALI, 2020, pp.10-31.

fundamental nas dinâmicas de inclusão e exclusão sociais, tanto nos processos de garantia de inclusão (acesso à justiça e garantia do direito à saúde), quanto na legitimação dos processos de exclusão determinados pelo Estado, com vistas a compelir o cidadão a se vacinar (vacinação compulsória), com o intuito de reduzir os riscos que a contrariedade a este ato possa gerar no Sistema da Saúde.

Em suma, a pesquisa efetua uma observação sistêmica diferenciada da proposta normativista, dogmática, centrada somente na legislação, para uma crítica voltada para análise das decisões das organizações, no caso o STF, apontando os critérios de padronização adotados, suas especificidades, dificuldades de efetividade e necessidade de reelaboração conceitual para o enfrentamento das improbabilidades e indeterminações sistêmicas. E, assim sendo, mostrar a sua importância para a efetividade dos Direitos Fundamentais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil), in RDAdm. Rio de Janeiro, 240: 1-42, ABR/JUN, 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIs 6.586. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17 de dezembro de 2020. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754722385&prclID=6033038&ad=s#>. Acesso em 24nov.de 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade ADIs 6.587. Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Julgada em 17 de dezembro de 2020. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754722385&prclID=6033038&ad=s#>. Acesso em 26nov.de 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 23 nov.2022.

BRASIL. Decreto nº 10.212/2020. **Promulga o texto revisado do Regulamento Sanitário Internacional, acordado na 58ª Assembleia Geral da Organização Mundial de Saúde, em 23 de maio de 2005**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10212.htm>.

Acesso em 22 nov. 2022.

BRASIL. **Lei complementar nº 173, de 27 de maio de 2020**. Estabelece o Programa Federativo de Enfrentamento ao Coronavírus SARS-COV-2 (Covid-19), altera a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp173.htm>. Acesso em 20 nov. 2022.

BOBBIO, Norberto. Teoria do Ordenamento. São Paulo: edipro, 2017.

CASTELS, Manuel. Ruptura: A crise da democracia liberal. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

COMANDUCCI, Paolo. FORMAS DE (NEO)CONSTITUCIONALISMO: UMA ANÁLISE METATEORÉTICA, pp.75-98, in CARBONELL, Miguel. Neoconstitucionalismo(s). Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DWORKIN, Ronald. Império do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

FEBBRAJO, Alberto. Sociologia do constitucionalismo. São Paulo: Juruá, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Decretos Estaduais. Disponível em: <<https://coronavirus.rs.gov.br/decretos-estaduais>> acesso em> 26nov.2022

ROCHA, Leonel Severo Rocha; COSTA, Bernardo Leandro Carvalho, DE OLIVEIRA, Bianca Neves. CONSTITUCIONALISMO SOCIAL NO TRATAMENTO DA COVID-19: UMA ANÁLISE SOBRE A TRANSNACIONALIDADE DAS DIRETRIZES DA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS), in PARADIGMAS DA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA: REFLEXOS DAS PANDEMIAS. Organizador Liton Lanes Pilau Sobrinho. Dados eletrônicos. – Itajaí. SC. UNIVALI, 2020. pp.10-31.

LEVITSKY, Steve; ZIBLATT, Daniel. Como as democracias morrem. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisdição constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p.11. TEUBNER. Gunther. Fragmentos constitucionais. Constitucionalismo social na globalização. São Paulo: Saraiva, 2016.

CASO BRUMADINHO: A MORTE PRESUMIDA E O ATENTADO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

BRUMADINHO CASE: THE PRESUMED DEATH AND THE ATTACK TO THE PRINCIPLE OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

Roberta de Oliveira Sutel¹

Flávia Stainr Pires²

Diana Milene Goltz³

RESUMO

Esta pesquisa relata e analisa a tragédia ocorrida na cidade de Brumadinho, estado de Minas Gerais, no dia 25 de janeiro de 2019, onde morreram mais de duzentas pessoas e vários seguem desaparecidos. Em sequência, trata-se sobre as legislações existentes no âmbito nacional que ordenam a fiscalização das barragens e seu entorno, bem como dos regimentos que garantem a proteção de todas as pessoas. Realiza-se uma reflexão, onde é abordada a necessidade da decretação de morte presumida nos casos de desaparecimento estendido, com a atenção voltada ao princípio da dignidade da pessoa humana. O objetivo da pesquisa é verificar o resguardo do princípio fundamental nos casos de desaparecimento duradouro, os quais visam a necessidade de decretação de morte presumida. Para o desenvolver do artigo, são utilizados o procedimento monográfico e o método dedutivo. Ao final, conclui-se que a dignidade da pessoa humana não possui a garantia real (de fato) que está disposta na lei maior. Sobretudo, a sociedade brasileira necessita da concretização de políticas públicas do ensejo pós desastre, a fim de diminuir o tempo de espera da garantia por dignidade.

PALAVRAS CHAVE: Brumadinho/MG. Dignidade da Pessoa Humana. Morte Presumida.

ABSTRACT

This research reports and analyzes the tragedy that occurred in the city of Brumadinho, state of Minas Gerais, on January 25, 2019, where more than two hundred people died and several remain missing. In sequence, it deals with existing legislation at the national level that orders the inspection of dams and their surroundings, as well as the regulations that guarantee the protection of all people. A reflection is carried out, where the need for the decree of presumed death in cases of extended disappearance is addressed, with attention focused on the principle of the dignity of the human person. The objective of the research is to verify the protection of the fundamental principle in cases of lasting disappearance, which aim at the need for decree of

¹ Mestranda em direito pela Universidade de Passo Fundo. Email: robertasutel@hotmail.com.

² Mestranda em direito pela Universidade Passo Fundo. Email: flaviastainrpires@gmail.com.

³ Bacharel em direito pela Faculdade Antonio Meneghetti. Email: dianamgoltz@gmail.com.

presumed death. To develop the article, the monographic procedure and the deductive method are used. In the end, it is concluded that the dignity of the human person does not have the real guarantee (in fact) that is provided in the highest law. Above all, Brazilian society needs the implementation of public policies for the post-disaster opportunity, in order to reduce the waiting time for the guarantee of dignity.

KEYWORDS: Brumadinho/MG. Constitution of the Brazilian Federative Republic. Dignity of human person. Presumed Death.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca interpretar o "calvário jurídico" enfrentado por familiares de pessoas desaparecidas com o rompimento da barragem de rejeitos de minério, em Brumadinho/MG. Com a atenção voltada para a demora na localização dos corpos, conjuntamente com a ineficácia da preservação da dignidade dos acometidos, este artigo abrange um caso concreto, e justifica-se pelo fato de que ainda existem pessoas desaparecidas. Na oportunidade, é analisada a necessidade de decretar a morte presumida em situações de desaparecimento estendido, e a sua aplicação no âmbito jurídico sob a ótica da dignidade da pessoa humana.

O objetivo principal deste estudo é elucidar as variáveis existentes no ordenamento jurídico, para decretar a morte presumida em casos de desaparecimento estendido dos acometidos pela tragédia, com a atenção voltada especificamente ao princípio da dignidade da pessoa humana, atentando sobre a sua verdadeira valorização frente ao ser humano.

O método de abordagem utilizado é o dedutivo, pois o estudo parte da demonstração de um caso concreto (o desabamento da barragem de rejeitos de minério de ferro ocorrido no ano de 2019, na cidade de Brumadinho-MG), agregando as legislações vigentes, a conjuntura de abordagem sobre a dignidade da pessoa humana, simultaneamente com a necessidade de decretação da morte presumida nos casos de desaparecimento prolongado. Quanto ao método de procedimento, é utilizado o monográfico, onde a técnica de pesquisa é realizada por meio de leituras de livros e artigos relacionados ao tema, juntamente com a análise dos dispositivos legais que tratam sobre a temática.

No primeiro tópico, é apresentado o caso da tragédia ocorrida na cidade de Brumadinho, estado de Minas Gerais, a qual ficou nacionalmente conhecida como um 3 dos maiores desastres ambientais das últimas décadas no país, em razão da sua significativa proporção. Uma cidade localizada na região metropolitana de Belo Horizonte, Brumadinho é composta por 40.666 mil

habitantes, de acordo com o censo demográfico do IBGE de 2020, a qual, foi apenas mais uma localidade vítima do descaso estatal.

Ainda, são apresentadas as legislações vigentes, tanto que dizem respeito a segurança que deveria ser imposta diante de barragens, quanto à proteção do Estado para com as pessoas, mediante expressa regulamentação da Constituição da República Federativa Brasileira. Por conseguinte, nos segundo e terceiro tópicos, são abordados o princípio da dignidade da pessoa humana como consideração primordial ao ser humano, seguindo-se das possibilidades de decretação da morte presumida com suas especificidades e inquietudes.

Esta pesquisa analisa como a demora na localização dos corpos afeta o acolhimento ao campo normativo da dignidade da pessoa humana, visto tratar-se de um princípio fundamental regido pela Constituição da República e garantido a todos os seres humanos. Assim, proporcionando ao leitor uma reflexão que diz respeito à preservação da dignidade humana diante do desaparecimento estendido. Frente a possibilidade que o Código Civil dispõe sobre a decretação da morte presumida das pessoas que estavam em iminente perigo de vida, analisa-se o procedimento adotado nestes casos e qual é a sua eficiência frente a dignidade.

1.O ROMPIMENTO DA BARRAGEM DE REJEITOS DE MINÉRIO, ESPECIFICIDADES E A SITUAÇÃO VIVENCIADA

O rompimento da barragem de rejeitos de minério de ferro, da cidade de Brumadinho/MG desencadeou a morte de 259 (duzentos e cinquenta e nove) pessoas. O drama vivido no estado de Minas Gerais, traz questionamentos importantes sobre a descaso com a vida dos seres humanos.

A fatalidade ocorreu no dia 25 de janeiro de 2019 e, até hoje, mais de ano e meio depois permanece uma dezena de pessoas desaparecidas. Um total de 11 (onze) corpos ainda permanecem perdidos em meio a lama, atualizado até 07 de setembro de 2020 (LIMA, 2020). O prejuízo causado na população e na localidade, resta imensurável frente às buscas sem previsão de término.

Uma onda de desespero e impotência tomou conta da sociedade que habitava aquela região. Logo, todos os holofotes dos noticiários nacionais circulavam e mostravam as imagens da devastação (ANDRADE, 2019). A grande avalanche de rejeitos de minério de ferro inundou as redondezas daquele lugar, localidade denominada "Córrego do Feijão", pequeno distrito situado na cidade de Brumadinho/MG. Caetano, Castro e Resende (2019, p. 18), relatam:

Dessa vez derramou-se 12 milhões de m³ de rejeitos em toda a extensão da Bacia do Rio Paraopeba, destruindo centenas de hectares da Mata Atlântica, comprometendo a

qualidade da água e devastando a biota aquática de 250 quilômetros de extensão do rio, um dos principais afluentes do Velho Chico.

Além das vidas humanas destruídas com o desabamento da barragem, as degradações ambientais ocorridas no período pós tragédia são capazes de gerar problemas futuros à saúde de todas as pessoas que vivem no entorno daquele município. Dito isso, é possível exemplificar com a poluição dos rios e a consequente poluição do ar "a pessoa humana é a verdadeira razão de ser do direito ambiental brasileiro [...] o direito ambiental brasileiro, por via de consequência, é construído a partir da dignidade da pessoa humana" (FIORILLO, 2006).

Dentre os atingidos pelo rompimento da barragem, encontram-se os trabalhadores e moradores locais, com suas carreiras, perspectivas futuras e vidas totalmente devastadas em meio a uma avalanche de lama (CAETANO; CASTRO; RESENDE, 2019). Com as vidas ceifadas em meio a lama, a garantia de dignidade elencada na Carta Magna é perdida junto aos rejeitos de minério. A situação atual vivenciada no local do desastre, mantém a mesma ordem de mais de ano e meio atrás, onde incessantemente, permanecem as buscas pelas pessoas perdidas (LIMA, 2020).

No mês de março, do corrente ano de 2020, frente a pandemia mundial da COVID-19 que atingiu o Brasil e o mundo, as buscas foram interrompidas em razão da necessidade de distanciamento social. Após a repentina parada, no mês de agosto - ainda em meio à pandemia - as buscas pelas onze pessoas retornaram, engajando o batalhão responsável a recuperar os corpos desaparecidos (LIMA, 2020).

O planejamento de fuga em casos de rompimento (situações de emergência), não teve êxito, a sirene que deveria servir de aviso de possível desastre, que chamaria atenção e alertaria a população, os trabalhadores e moradores locais, não tocou. Frisa-se que não houve tempo hábil para fugir, nem mesmo um sinal de alerta lhes foi dado (CAETANO; CASTRO; RESENDE, 2019, p. 22).

Brumadinho hoje, é conhecida como uma das cidades devastadas pela lama. Embora a exploração de minérios de ferro seja a maior fonte de renda de todo o estado de Minas Gerais, a exploração dos minerais acarreta na insensível degradação do ambiente e ecossistema ali existente. Caetano, Castro e Resende (2019, p. 28), manifestam sobre a exploração:

O município de Brumadinho tem sua principal base econômica sustentada pela atividade da mineração, sobretudo pela atuação da Vale S.A. Em 2017 o município recebeu 35,6 milhões de reais a título de compensação ambiental pelos estragos causados pela extração de minério em seu território. Deste total, 65% vieram apenas da mineradora Vale.

Tybusch (2019, p. 23-24) expõe os danos causados na seara das degradações: "Quando uma barragem de rejeitos se rompe, o dano socioambiental é irreversível, como consequência, em praticamente todos os casos, tem-se vítimas fatais, morte de fauna e flora, contaminação da

água e deslocamento de pessoas". A onda de rejeitos de minério de ferro acabou devastando a mina conhecida como "Córrego do Feijão", além de toda a destruição, ainda acabou com a vida de centenas de pessoas. A situação que remete a uma reflexão que deve ser exposta, é o exagerado número de mortos e ainda desaparecidos, considerando o grande lapso temporal, tudo conforme manifestado no trecho mencionado por Lima (2020), mencionado acima.

Zebral e Aragão (2019, p. 38) destacam a irrelevância com que é tratada a vida do cidadão perante a ocorrência de desastres:

[...] uma sociedade na qual o outro deve ser tratado com dignidade e que a vida humana tem que ter o mesmo valor para todos. No rompimento da barragem é demonstrado um sistema que mantém uma hierarquia financeira, ricos e pobres. Também, é apresentado o descuido para com a vida humana, mesmo sendo o descuido com os seus colaboradores. Ou seja, a visão clássica do egoísmo.

A irreversibilidade das consequências trazidas com o desastre é claramente existente. Embora os danos ao ambiente sejam demasiadamente plausíveis, os danos causados às vidas ceifadas pelos rejeitos de minério se destacam em razão de sua proporção. Não obstante todos os corpos já encontrados, aqueles ainda não localizados têm dia pós dia a perda da garantia fundamental, sem previsão de término.

Para a defesa dos direitos das pessoas, existe um vasto campo normativo capaz de regradar e conduzir os direitos inerentes aos humanos. Embora, muitas vezes os regramentos existam sem o seu devido cumprimento, estes acabam sendo lembrados de forma catastrófica diante de situações como a estudada.

2.O CAMPO NORMATIVO EXISTENTE E A SUA EFICÁCIA FRENTE AO DESATRE

Neste ponto, adentra-se na exposição de parte de uma legislação preexistente, que, embora exista para coibir determinados erros ou fatalidades, por vezes, e por si só, não têm a eficácia pretendida. A legislação existente tem o condão de prevenir, fiscalizar e manter a ordem da sociedade, numa questão de preservação da vida (num todo). Neste ponto, Caetano Casto e Resende (2019, p. 51) destacam:

A manutenção de mineradoras, sem o mínimo de segurança não corrobora com o Estado Democrático de Direito. Vez que, não somente o rompimento da barragem de Brumadinho e Mariana, mas qualquer fato jurídico na contra mão do que deve ser o fundamento do Estado Democrático de Direito, esculpido na Constituição de 1988, é o caminhar para uma degeneração social.

A sociedade brasileira necessita de uma democracia que assegure os direitos inerentes às pessoas. A mera existência de regramentos não é passível de garantir uma vida digna para todas as pessoas.

Primeiramente, são analisadas as políticas de prevenção de desabamento de barragens existentes no ordenamento jurídico brasileiro. São estes que capacitam a análise precisa sobre os regramentos preventivos e de segurança, tanto em situações corriqueiras, como em fatos atípicos semelhante ao presente caso.

A Lei 12.334/2010, estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB) e cria o Sistema Nacional de Informações sobre Segurança de Barragens (SNISB), a qual, dispõe sobre as medidas a serem tomadas para a proteção das pessoas que podem ser prejudicadas por algum fato desastroso. Especificamente no art. 3º da referida lei, são elencados os objetivos deste regimento, que primordialmente, pretendem garantir que sejam respeitadas as medidas de segurança de barragens (BRASIL, 2010).

A lei demonstrou que o Estado tem o dever de reparar e fiscalizar as barragens (que comportam algum tipo de material). Além disso, a implementação de políticas públicas capazes de coibir ou então eliminar a possibilidade de tragédias, tem esboço normativo suficientes para efetivar o seu cumprimento. Os incisos grifados (III e IV), disponibilizam uma interpretação sucinta que revela a obrigatoriedade que deveria existir sobre monitoramento e controle de barragens: a um (inciso III), que diz respeito a promoção de monitoramento e acompanhamento das ações; a dois (inciso IV), dita sobre a necessidade de fiscalização e concomitante correção na maneira com que são realizadas as ações de segurança (BRASIL, 2010).

Todos os seres humanos merecem, sob seu aspecto de natureza, uma vida digna. Para possibilitar a proteção de direitos inerentes aos homens, a CRFB em seu preâmbulo e em primazia regimental sobrepondo todos os demais deveres e direitos do Estado, dispõe:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição (BRASIL,1988).

A vida humana é protegida pelo Estado no que se refere a sua dignidade. A garantia está proposta na Constituição (BRASIL, 1988), a qual, é responsável pelos principais regimentos em âmbito nacional, que servem para manter a ordem e garantir a todos os seres humanos a viabilidade existencial. Cada pessoa é ímpar, e por isso a única coisa que podemos considerar iguais nestes acontecidos, é a proporção com que é invadida a vida de cada ser humano, de cada família e principalmente da dignidade de cada um, que claramente em situações como a estudada ganham atenção.

Para avaliar o viés da dignidade da pessoa humana, destaca-se um trecho abordado por SILVA, J. (1998, p. 90)

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação jurídica, porque o Direito existe em função dela e para propiciar seu desenvolvimento.

O Estado só existe porque existem pessoas que o compõem, sendo ele o norteador da vida dos seres humanos, haja vista seus regramentos inerentes à vida e convivência entre os cidadãos. Quando a vida de uma pessoa passa a ser desconsiderada o Estado por si só perde, na demonstração de que seus valores reais e fáticos estão abaixo do teor da Carta Magna.

Nesta senda, Rangel (2019, p. 95) refere "quando falamos de uma catástrofe, seja ela privada ou natural, o dano ao bem humano é tal que a ação do Estado terá tendência a desconsiderar o cidadão em sua unidade em favor do coletivo, ou do todo". Provando o total descaso com a dignidade da pessoa humana. A Carta Magna, especificamente o artigo 3º, reproduz os objetivos fundamentais de todo Estado brasileiro:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (BRASIL, 1988).

Ao analisar os objetivos fundamentais, calca-se a atenção de que a promoção do bem a todos gera dúvidas quando são analisadas as desigualdades sociais existentes no âmbito nacional (BRASIL, 1988). A garantia do desenvolvimento nacional também carece de atenção, haja vista que a extração de minérios de ferro deveria servir de anseio social a toda região, na geração de empregos e estabilidade. O descaso com a fiscalização sobre o armazenamento dos rejeitos de minério acarretou num verdadeiro retrocesso frente aos cidadãos brasileiros.

Ao vislumbrar os artigos citados supra, denota-se que a segurança aos cidadãos está prevista em ambos os artigos. A garantia da inviolabilidade do direito à vida, prevista no caput do artigo 5º, remete a um questionamento: se o direito à vida das pessoas é inviolável, o que aconteceu em Brumadinho? Ainda, pulsando sobre a garantia de segurança, disposta no caput do artigo 6º, novamente pergunta-se, o que ocorreu em Brumadinho? Questiona-se onde ficou a inviolabilidade do direito à vida e a segurança, garantidas na legislação e que não existiram frente ao desastre.

Cada catástrofe atinge determinado lugar de maneira diversa. Há nesse entorno o envolvimento de todo um ecossistema, sociedade, local, empregos, famílias e o principal, pessoas. O envolvimento de cada pessoa diante da catástrofe é único, visto que, cada pessoa é única, mas mantém os mesmos direitos e deveres uns com os outros, equiparando-se no que diz respeito ao desgaste da dignidade humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana existe para nortear os regramentos jurisdicionais, bem como para que seja assegurada a toda e qualquer pessoa, a possibilidade de viver dignamente, como será abordado a seguir.

3.O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O conceito de sociedade justa, quando visto sob o viés estudado, preceitua-se que ainda se está longe de dispor de um teor satisfatório (na prática). Para adentrar no conceito de dignidade da pessoa humana, é necessária uma busca histórica, capaz de trazer clareza para a nomenclatura, traduzindo o surgimento da dignidade da pessoa humana como primazia no ordenamento jurídico.

Sobre o surgimento da dignidade da pessoa humana, Carvalhaes (2019, p. 01) indica duas passagens importantes:

O princípio da dignidade da pessoa humana, que ganhou força, principalmente, após a Segunda Guerra Mundial com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) de 1948, e foi desenvolvido, primeiramente, em países da Europa como, por exemplo, a Alemanha, foi elevado a princípio fundamental pela Carta da República do Brasil de 1988, ganhou, também, grande destaque nos ordenamentos jurídicos de vários países.

Assim, a Organização das Nações Unidas (ONU), possui papel de extrema importância para a concretização de avanços históricos. A ordem de proteção aos indivíduos, sem distinção, apresenta a garantia suprema de dignidade a todos os indivíduos sem distinção, garantindo a defesa da essência dos seres humanos (CARVALHAES, 2019).

A prévia histórica do surgimento da dignidade da pessoa humana no regimento global, possibilita o esclarecimento da sua extrema importância para a conquista de um Estado democrático de direito, que acima de tudo preza pela preservação da vida de cada ser humano.

Passado apenas um ano em que a Organização das Nações Unidas (ONU) declarou a dignidade da pessoa humana como princípio primordial (1948), a Alemanha, logo no ano de 1949 igualmente reconheceu em sua legislação fundamental que a dignidade da pessoa humana deve ser considerada como valor inviolável. Sarlet (2019), destaca:

Note-se que, promulgada em 23.5.49 e tendo entrado em vigor em 24.5.49, a LF entrou em vigor apenas quatro anos após a rendição incondicional das forças armadas alemãs. Não foi à toa, portanto, que já no Preâmbulo da Lei Fundamental foi consignada tanto a

“consciência da responsabilidade perante Deus e os seres humanos”, quanto a vontade de “servir à Paz Mundial”. [...] a afirmação, consignada já no primeiro artigo da LF, da intangibilidade da dignidade da pessoa humana, acompanhada do comprometimento do povo alemão com os direitos inalienáveis e invioláveis da pessoa humana.

O direito à dignidade, conceituado como norteador dos demais direitos humanos, foi introduzido como lei fundamental aos alemães no período pós-guerra. O fato de a Alemanha ter sido a primeira a enquadrar a dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico, como princípio fundamental demonstra o avanço democrático ocorrido naquele país (SILVA, 1998).

A dignidade da pessoa humana engloba uma usina de valores que devem ser considerados e respeitados como primazia para a constituição de uma sociedade justa e igualitária. A Constituição da República Federativa Brasileira aderiu à contemporaneidade dos direitos da pessoa humana também no século XX, especificamente no ano de 1988, quando promulgada a nova Constituição da República Federativa Brasileira. Neste sentido, Bittar (2006, p. 43) aduz:

Sua entrada na cultura do direito nacional se dá a partir do texto da Constituição Federal de 1988, num período de redemocratização. E, portanto, de crescente afinização da cultura do direito nacional à cultura do direito internacional dos direitos humanos (D.I.D.H), que vem se desenvolvendo desde a sua fundação com a Declaração de 1948 como reação às atrocidades do período nazista e aos demais efeitos da Segunda Guerra Mundial, que provocou a morte de milhões de seres humanos. Desde então, a ideia de "dignidade da pessoa humana" passa a ser critério para a determinação e avaliação da legitimidade da política, da justiça, do direito, das decisões de relevância para a humanidade.

No ano de 1988 a nação brasileira foi privilegiada em termos sociais. Os direitos inerentes à pessoa humana ganharam força, ao se destacarem em primazia no ordenamento da Constituição da República Federativa Brasileira.

Após a dignidade da pessoa humana ser considerada como valor supremo no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988), o viver das pessoas passou a ter valor imensurável, sobrepondo aquele já existente. A concretização deste princípio demonstrou o grande avanço democrático, relativo à proteção da vida das pessoas em meio ao âmbito jurídico brasileiro.

Embora a pessoa humana, no ordenamento jurídico, seja considerada como um ser inviolável, preenchida de plenos direitos e proteções, a prática demonstra que ainda carece de efetividade nessa relação, humano - proteção - Estado. As inúmeras injustiças em que os homens são acometidos, especificamente sobre as mortes na tragédia de Brumadinho, possibilita o entendimento genérico da longitude que se encontra resguardada a verdadeira dignidade de cada ser humano.

O Estado, no atributo de suas funções, peca ao não promover as fiscalizações necessárias para que as tragédias não aconteçam. Centenas de pessoas atingidas diretamente pelo desastre tiveram suas vidas ceifadas pela lama. Foi naquele momento que a desconsideração da dignidade humana, - protegida pela legislação - foi comprovada. Não

obstante, até hoje, passados mais de ano e meio do desastre, existem vidas perdidas, corpos escondidos e dignidades perdidas em meio aos rejeitos de minério. Bittar (2006, p. 57):

Só há dignidade, portanto, quando a própria condição humana é entendida, compreendida e respeitada, em suas diversas dimensões, o que impõe, necessariamente, a expansão da consciência ética como prática diuturna de respeito à pessoa humana.

Acerca da condição em que as pessoas foram submetidas no desastre e dado o trecho mencionado, percebe-se a ausência de respeito com as pessoas acometidas pelo desastre, como também, a ausência da garantia sobre o princípio constitucional.

Sobrepondo o fato de que, além das pessoas ceifadas pela lama, ainda existem pessoas desaparecidas, é realizado um elenco sobre como a demora na decretação da morte presumida afeta ainda mais a dignidade da pessoa humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, a desvalorização da dignidade da pessoa humana frente às pessoas atingidas desaparecidas é visível. Quando ocorrem as tragédias, a possibilidade de reversão dos danos causados é praticamente nula, principalmente, que dizem respeito às vidas humanas ceifadas.

Conclui-se que a garantia da dignidade da pessoa humana não está sendo preservada e perquirida de maneira eficaz. A mera existência, tanto de políticas públicas como previsões junto ao ordenamento jurídico que visam garantir a proteção das pessoas frente a situações de vulnerabilidade, quanto ter a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental previsto na Constituição Federal, por si só não tem o condão de satisfazer as necessidades de uma sociedade que vem sofrendo cada vez mais com tragédias.

Calcando-se na demora na localização dos corpos, com o regimento da dignidade humana, conclui-se que o princípio fundamental não é assegurado. Em verdade, primeiro que a proteção garantida pelo Estado que deveria atingir a todas as pessoas, restou prejudicado frente às catástrofes preventas de decisões humanas. Segundo que a dignidade das pessoas que permanecem deslocadas em meio à lama já foi desvalorizada desde o momento do rompimento da barragem do "Córrego do Feijão".

Embora o regimento da decretação de morte presumida nos casos de desaparecimento estendido sirva para situações equiparadas com a demonstrada, ela não assegura a dignidade humana em seus trâmites, os quais dependem de um percurso longo e moroso. Assim, considerando o mencionado, a decisão de violar a dignidade, a vida, a proteção e a segurança

das pessoas afetadas pelo desastre foi do próprio Estado, o mesmo que assegura todos esses direitos mencionados em seu ordenamento jurídico.

Embora seja impossível resguardar em sua totalidade a dignidade das pessoas desaparecidas frente a uma tragédia como a apresentada, a necessidade de implementação de políticas públicas que versem sobre o período pós-desastre acaba ganhando valorização.

Considerando que as políticas do ensejo pós desastre são emergentes, a

tendência de haver um ganho de tempo com relação a manutenção da dignidade humana é evidente. A finalidade é procurar decretar a morte presumida de maneira mais rápida e dispondo de um mínimo período de impacto da dignidade da pessoa humana para as pessoas acometidas.

Portando, o ensejo de políticas públicas viáveis ao período pós tragédia, é capaz de dispor de um teor satisfatório frente à dignidade da pessoa humana, no que tange a rápida decretação da morte presumida nos casos em que é extremamente provável o falecimento do atingido, acabando também com a necessidade de cessar as buscas para possibilitar a decretação da morte presumida.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Vagner Luciano de Andrade. Jeitos, rejeitos e sujeitos. In: **Boletim UFMG, Ano 46, Edição nº 2057**. Publicado em 06.05.2019. Disponível em <https://ufmg.br/comunicacao/publicacoes/boletim/edicao/2057/jeitos-rejeitos-esujeitos>. Acesso em: 25 set 2022.

AWAD, Fahd. O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Revista Justiça do Direito, 2006. Universidade de Passo Fundo. v. 20. p. 111120.

BITTAR. Eduardo C. B. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo C.B. FERRAZ, Anna C.C. (orgs.). **Direitos Humanos Fundamentais: positivação e concretização**. São Paulo. Ed. Osasco, SP. 2006.p. 35-65.

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/l10406.htm. Acesso em: 17 set 2022.

BRASIL. **Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973**. Lei de Registros Públicos. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. Brasília, DF.

Presidência da República. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6015compilada.htm. Acesso em: 17 set 2022.

BRASIL. **Lei 12.334, de 20 de setembro de 2010.** Estabelece a Política Nacional de Segurança de Barragens. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12334.htm. Acesso em: 17 set 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Atos das disposições Constitucionais Transitórias. Brasília, DF. Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 17 set 2022.

CAETANO, Fernanda; CASTRO, Emerson; RESENDE, Fernanda. **Tragédia de Brumadinho, reflexões acerca dos impactos jurídicos.** Porto Alegre, RS. Editora Fi, 2019.

CAMARGO, João B. M. MARCHEZAN, Luiz M. R. Reflexões sobre a Eutanásia, o morrer e o viver: para além do direito à vida, o direito à dignidade. In: ZIEMANN, A. S. ALVES, F. D. (orgs.). **A Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais nas Relações Privadas: questões contemporâneas.** São Paulo: Perse, 2014. p. 205-218.

CARVALHAES. Paulo S. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e seus Reflexos no Direito Brasileiro. **Revista científica Facmais.** Disponível em: https://revistacientifica.facmais.com.br/wp-content/uploads/2015/08/artigos/principio_da_dignidade.pdf. Acesso em: 24 set 2020.

GIGLIANO, Pablo S. PAMPLONA Filho, Rodolfo. **Manual de Direito Civil-** Volume único. São Paulo, SP. Editora Saraiva, 2017.

IBGE. **BRUMADINHO.** 2019. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/cidadesestados/mg/brumadinho.html?>. Acesso em: 30 maio 2020.

LIMA, Déborah. Bombeiros mantêm buscas em Brumadinho mesmo durante feriado. In: **Jornal Estado de Minas Gerais.** Publicado em 07/09/2020. Disponível em: https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2020/09/07/interna_gerais,1183276/bombeiros-mantem-buscas-em-brumadinho-mesmo-durante-feriado.shtml. Acesso em: 25 set 2022.

MARTINS, Jerônimo Belinati. A Lei 8.213/91 e a Pensão por Morte Presumida. In: **AJUFE - Associação dos Juizes Federais do Brasil.** Publicado em 10/12/2015. Disponível em: <https://www.ajufe.org.br/images/bkp/ajufe/arquivos/downloads/jernimo-belinatimartins-a-lei-n-1313101516.pdf>. Acesso em: 17 set 2022.

RANGEL, Arthur. N. As Catástrofes Privadas e a Responsabilidade do Estado em Punir e Restaurar. In: CAETANO, F. A. K.; CASTRO, E. L; RESENDE, F. M. P. (orgs.). **Tragédia de Brumadinho, reflexões acerca dos impactos jurídicos.** Porto Alegre, RS. Editora Fi, 2019. p. 91-101.

SARLET. Ingo W. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. **Revista Brasileira de Direito Constitucional** - RBDC n. 09 - jan/jun. 2007. Disponível em:

file:///D:/Arquivos%20do%20Windows%20(N%C3%A3o%20apagar)/Downloads /137-268-1-SM.pdf. Acesso em: 17 set 2022.

SARLET. Ingo W. **A Lei Fundamental da Alemanha aos 70 anos – vale apenas comemorar**. Publicado em 31 de maio de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-mai-31/direitos-fundamentais-leifundamental-alemanha-aos-70-anos-vale-apenas-comemorar>. Acesso: 17 set 2022.

SILVA. José. A. A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia. **Revista de Direito Administrativo**, 1998. Disponível em: file:///D:/Arquivos%20do%20Windows%20(N%C3%A3o%20apagar)/Downloads /4716 9-94073-1-PB.pdf. Acesso em: 17 set 2022.

STELMACH, Caroline; PICUSSA, Denise; IZUTA, Thierry. **Reflexões sobre a Democracia e os Direitos Fundamentais**: uma análise do atual ordenamento brasileiro. Porto Alegre, RS, Editora Fi, 2019.

TYBUSCH, Francielle B. A. **Vidas Deslocadas, o caso Mariana-MG como modelo brasileiro para aplicação do Direito dos Desastres**. Curitiba, PR. Editora Íthala, 2019.

VILLAS BOAS, Regina; SUETH, Marcio. O Direito Humano e Fundamental ao Meio Ambiente, a Degradação ambiental e os valores da existência humana: reflexões e propostas de soluções. In: XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, 28, 2019, Belém. Anais [...]. Direito Ambiental e Socioambientalismo II, Florianópolis, CONPEDI, 2019, p. 201-211

Gabriel Dil¹

Leonel Severo Rocha²

INTRODUÇÃO

A policontextualidade rompe com a unidade de contexto dos discursos. A única contextura legada ao soberano, ao Estado, não existe mais. O que se tem são policontexturas.³ E, a abrangência territorial difusa é uma das primeiras características de uma ordem político-jurídica transnacional.

A ordem transnacional não tem comprometimento específico com qualquer ordem jurídica determinada, mas sim por um determinado tema, por exemplo, o esporte no caso da *lex sportiva*. A *lex sportiva* contempla a integralidade das modalidades esportivas suficientemente organizadas mundialmente e se caracteriza por três elementos principais: normas internacionais elaboradas pelas confederações internacionais de esportes; uma jurisprudência com princípios jurídicos emanados de suas próprias Cortes de Arbitragem do Esporte; e autonomia em relação ao Direito nacional.

A FIFA – Federação Internacional de Futebol (*Fédération Internationale de Football Association*) é uma organização que organiza, supervisiona e promove competições internacionais de futebol⁴. O Qatar, país peninsular árabe, será o anfitrião dos jogos da Copa do Mundo FIFA 2022.

¹ Doutorando em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Bolsista do Programa de Excelência Acadêmica (PROEX-CAPEs). Mestre em Direito na Área de Novos Paradigmas do Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF, com bolsa CAPES (2021). Especialista em Direito Médico pela Faculdade Complexo de Ensino Renato Saraiva - CERS (2021). Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Estácio de Sá - UNESA (2019). Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2017). Advogado. E-mail: gabrieldil@icloud.com.

² Doutorado pela Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris (1989). Pós-doutorado em Sociologia do Direito pela Università degli Studi di Lecce - Itália. Atualmente é Professor Titular da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, bem como Professor do PPGD da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai (URI), onde Coordena a Catedra Warat; Professor Visitante da Faculté de Droit da Universidade de Paris 1. Bolsista Produtividade do CNPq. E-mail: leonel.rocha@icloud.com.

³ ROCHA, Leonel Severo; DA LUZ, Cícero Krupp. **Lex mercatória e Governança: A Policontextualidade entre Direito e Estado.** Revista Direitos Culturais. v. 1, n. 2, jun. 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/420200/Lex_mercatoria_e_Governan%C3%A7a_A_Policontextualidade_entre_Direito_e_Estado. Acesso em: 05 nov. 2022.

⁴ DA LUZ, Cícero Krupp. Os entrelaçamentos de ordens legislativas: A análise crítica da diplomacia parlamentar e do processo legislativo nos casos união europeia/Estados-membros e FIFA/Brasil. Disponível em: https://www.academia.edu/57048030/Os_entrela%C3%A7amentos_de_ordens_legislativas_a_an%C3%A1lise_cr%C3%ADtica_da_diplomacia_parlamentar_e_do_processo_legislativo_nos_casos_Uni%C3%A3o_Europ%C3%A9ia_Estados_membros_e_FIFA_Brasil. Acesso em: 05 nov. 2022.

A Copa do Mundo é um evento que, pelo seu próprio nome já diz, é um acontecimento global, que envolve a comunidade internacional e possibilita o intercâmbio cultural e a promoção da diversidade. O Qatar – de acordo com o artigo 1º de sua Constituição – é um Estado árabe, soberano e independente. O Islã é a religião oficial do país e tem como fonte principal de suas normas a Lei Islâmica^{5,6}. O Islã recebeu um status privilegiado na Constituição do Qatar, assim como na maioria das constituições do mundo árabe. E, assim como na Constituição do Kwait de 1962 (art. 2º), e na Constituição dos Emirados Árabes Unidos de 1971 (art. 7º), no Qatar, a sharia islâmica é a principal fonte de suas legislações.⁷

A homossexualidade é ilegal no Qatar. Há riscos potenciais para os membros da comunidade LGBTI+ que visitam um país onde as relações entre pessoas do mesmo sexo e o sexo pré-matrimonial constituem violações penais da lei. Um país que não respeita direitos fundamentais não deveria ser elegível para sediar a Copa do Mundo FIFA, uma vez que no próprio Estatuto da FIFA há expressa menção acerca da luta contra a discriminação e pela igualdade, proibindo a discriminação de qualquer país, indivíduo ou grupo de pessoas por questões de raça, cor, etnia, nacionalidade, social, de gênero, deficiência, língua, religião, posicionamento político, ou qualquer outra espécie de discriminação. Também está proibida a discriminação por poder aquisitivo, local de nascimento ou origem, por orientação sexual ou por qualquer outra razão, tendo a suspensão e/ou exclusão como sanção^{8,9}.

1. A LEX SPORTIVA

Fragmentos de constituição é a imagem que o constitucionalismo social oferece na globalização. Os regimes especializados transnacionais¹⁰ fazem concorrência hoje, como sujeitos constitucionais, aos Estados Nacionais¹¹. Pelo fato deles comunicarem não pelo meio

⁵ QATAR. Government Communications Office. State of Qatar. **The Constitution**. Disponível em: <https://www.gco.gov.qa/wp-content/uploads/2016/09/GCO-Constitution-English.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

⁶ Tradução livre para a língua portuguesa do texto: Qatar is an independent sovereign Arab State. Its religion is Islam and Shari'a law shall be a main source of its legislations. Its political system is democratic. The Arabic Language shall be its official language. The people of Qatar are a part of the Arab nation. QATAR. Government Communications Office. State of Qatar. **The Constitution**.

⁷ BERNARD-MAUGIRON, Nathalie. *Religious References in the Constitutions of the Arab World: Islamization of the Constitution or Constitutionalization of Religion?*. **Constitutional Review in the Middle East and North Africa**. 2021. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748912019-271/religious-references-in-the-constitutions-of-the-arab-world-islamization-of-the-constitution-or-constitutionalization-of-religion?page=1#:~:text=doi.org/10.5771/9783748912019%2D271>. Acesso em: 05 nov. 2022.

⁸ Tradução livre do espanhol: “La FIFA tiene el firme compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y se esforzará por garantizar el respeto de estos derechos.”.

⁹ FIFA Estatutos. **Estatutos de la FIFA: Reglamento de aplicación de los estatutos; Reglamento del Congreso**. Edición de mayo de 2021. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/1c1b09370e3d5dbe/original/FIFA-Estatutos-2021.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022. p. 11.

¹⁰ Estatutos da FIFA e o seu respectivo compromisso de proteção aos Direitos Fundamentais.

¹¹ Violação de Direitos Fundamentais pela legislação vigente no Qatar.

poder da política, mas sim pelos meios de outros sistemas funcionais, eles formam constituições próprias, cujas normas organizacionais e direitos fundamentais diferem-se claramente uma das outras, assim como das normas organizacionais e direitos fundamentais dos Estados Nacionais.¹²

As normas de um Estado Nacional e os regimes especializados transnacionais colidem em uma mesma constelação de um caso.

De início, apenas os Estados Nacionais conseguem abranger a pretensão de diversos âmbitos da vida. Esta premissa se apresenta correta em constituições bem desenvolvidas, pois suas normas constitucionais buscam de modo abrangente o espectro político comum, ou seja, todas as facetas da política de um país.¹³

A consequência da tensão entre os sistemas sociais parciais no mundo e a política constitucional dentro do plano interestatal, como antes afirmado é o rompimento da totalidade constitucional, sendo substituída e removida por fragmentos constitucionais, ou seja, a plenitude constitucional dos Estados Nacionais deixa de existir.¹⁴

A motivação disto é causada pela proliferação de regulamentações de maneira rápida, que estabelece regimes diferentes, com conteúdos específicos, para os regimes globais de sistemas parciais, indo contra a autonomia local e regional do Estado nacional e territorial. A exemplo da FIFA na copa de 2014, no Brasil, na qual ordenou a retirada de impostos nos locais dos jogos em estádios de futebol e foi atendida pelo Estado brasileiro.

Com isso, o resultado destas tensões entre o público e o privado, nacional e global são formados fragmentos de “*common law*”, que faz desaparecer a dicotomia categórica do universalismo e relativismo, e assim “no mar da globalidade formam-se ilhas de constitucionalidade”.¹⁵

A nova realidade constitucional global se caracteriza pela coexistência de ordens independentes, tanto as estatais, quanto mais as instituições sociais autônomas. Todavia em situações ocasionais, nos quais surgem conflitos acontecem os acoplamentos com os problemas sociais, pelo viés de criação de normas jurídicas de forma ad hoc, ou seja, sem legitimidade, pois não foi oriundo de determinado sistema social.

¹² TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020. p. 281.

¹³ BRAGANÇA FERRO, Luiz Bruno Lisboa. O surgimento de sistemas constitucionais transnacionais na solução de conflitos como resposta para a ineficácia da constituição política dos estados nacionais. In: **Atualidade da Constituição: O Constitucionalismo em Luhmann, Febraro, Teubner e Vesting**. (Orgs) ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO COSTA, BERNARDO LEANDRO. p. 222.

¹⁴ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p.119.

¹⁵ _____, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p.107.

Apesar da problemática apresentada, os sistemas parciais globais se utilizam da sua autofundação de regras para solucionar os conflitos, mesmo sem o suporte do Direito e da política.

Em outros termos, a ausência do direito e da política como suporte a sistemas globais, como a economia, a ciência, o sistema de saúde e de comunicações não pode ser compensado com a jurisprudência e as legislações através de suas reflexões indiretas na constituição nacional, pois caso ocorra não serão eficazes ou muito menos legítimas.

Como respostas a estas tensões e problemáticas, que surge um fenômeno denominado de autoconstitucionalização de ordens globais sem o Estado, pela produção de normas jurídicas próprias de cunho constitucional, que dão suporte a sua criação, formando um pluralismo constitucional global.¹⁶

Neste caminho a pressão social dentro dos sistemas mundiais autônomos cria conflitos sociais que geram como consequência regulações constitucionais individualizadas, e um desenvolvimento prolongado de constituição de setores da sociedade global.

Em uma simples análise global pela observação empírica, se verifica como as ordens jurídicas da sociedade mundial apresentam características de uma constituição, indo além dos diferentes “standards” sociais e ecológicos, pois desenvolvem-se em normas superiores, definindo as competências decisórias, fazendo a delimitação do tratamento das violações normativas, inclusive com a afetação de terceiros além do sistema parcial, e assim se iguala as constituições estatais, já que contém mecanismos de autolimitação, com objetivo de evitar tendências expansivas para outros atores e domínios sociais.¹⁷

A sua independência em relação a estes fatores de influência comum nos Estados Nacionais será conquistada com a dependência do poder e interesses dentro dos fragmentos constitucionais, os quais responderão diretamente ao sistema parcial global de que faz parte.

A policontexturalidade rompe com a unidade de contexto dos discursos. A única contextura legada ao soberano, ao Estado, não existe mais. O que se tem são policontexturas¹⁸.

E, a abrangência territorial difusa é uma das primeiras características de uma ordem político-jurídica transnacional. A ordem transnacional não tem comprometimento específico com

¹⁶ TEUBNER, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p.120.

¹⁷ _____, Gunther. **Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização**. Tradução: Flávio Beicker Barbosa de Oliveira et al. Coordenação Marcelo Neves et al. São Paulo: Saraiva, 2016. p.122-123.

¹⁸ ROCHA, Leonel Severo; DA LUZ, Cícero Krupp. **Lex mercatória e Governança: A Policontexturalidade entre Direito e Estado**. Revista Direitos Culturais. v. 1, n. 2, jun. 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/420200/Lex_mercatoria_e_Governan%C3%A7a_A_Policontexturalidade_entre_Direito_e_Estado. Acesso em: 05 nov. 2022.

qualquer ordem jurídica determinada, mas sim por um determinado tema, por exemplo, o esporte no caso da *lex sportiva*.

A *lex sportiva* contempla a integralidade das modalidades esportivas suficientemente organizadas mundialmente e se caracteriza por três elementos principais: normas internacionais elaboradas pelas confederações internacionais de esportes; uma jurisprudência com princípios jurídicos emanados de suas próprias Cortes de Arbitragem do Esporte; e autonomia em relação ao Direito nacional.

2. A FIFA E OS PATROCINADORES OFICIAIS DA COPA DO MUNDO 2022

A FIFA – Federação Internacional de Futebol (*Fédération Internationale de Football Association*) é uma organização que organiza, supervisiona e promove competições internacionais de futebol (LUZ, 2009, p. 118-124)¹⁹.

Em maio de 2017, a FIFA firmou um compromisso de respeito aos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional, considerando que a organização intervém na vida de milhões de pessoas por todo o mundo, por meio das competições e atividades que organiza para realização dos jogos de futebol.

Neste compromisso, a FIFA reconhece sua obrigação na defesa da dignidade intrínseca e da igualdade de direitos de todas as pessoas que de alguma forma são afetadas pelo exercício de suas atividades.²⁰

Essa responsabilidade também está fixada no artigo 3º do Estatuto da FIFA, dispondo o seguinte: “O compromisso de respeito aos direitos humanos reconhecidos pela comunidade internacional é um importante compromisso da FIFA e a organização se esforçará pela garantia do respeito a todos estes direitos”²¹.²²

No artigo 4º do respectivo Estatuto, há expressa menção acerca da luta contra a discriminação e pela igualdade, proibindo a discriminação de qualquer país, indivíduo ou grupo

¹⁹ DA LUZ, Cícero Krupp. Os entrelaçamentos de ordens legislativas: A análise crítica da diplomacia parlamentar e do processo legislativo nos casos união europeia/Estados-membros e FIFA/Brasil. Disponível em: https://www.academia.edu/57048030/Os_entrela%C3%A7amentos_de_ordens_legislativas_a_an%C3%A1lise_cr%C3%ADtica_da_diplomacia_parlamentar_e_do_processo_legislativo_nos_casos_Uni%C3%A3o_Europ%C3%A9ia_Estados_membros_e_FIFA_Brasil. Acesso em: 05 nov. 2022.

²⁰ FIFA. **FIFA's Human Rights Policy**. May 2017 edition. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/1a876c66a3f0498d/original/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r-pdf.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022. p. 22

²¹ Tradução livre do espanhol: “La FIFA tiene el firme compromiso de respetar los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional y se esforzará por garantizar el respeto de estos derechos.”.

²² _____. FIFA Estatutos. **Estatutos de la FIFA: Reglamento de aplicación de los estatutos; Reglamento del Congreso**. Edición de mayo de 2021. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/1c1b09370e3d5dbe/original/FIFA-Estatutos-2021.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022. p. 11.

de pessoas por questões de raça, cor, etnia, nacionalidade, social, de gênero, deficiência, língua, religião, posicionamento político, ou qualquer outra espécie de discriminação. Também está proibida a discriminação por poder aquisitivo, local de nascimento ou origem, por orientação sexual ou por qualquer outra razão, tendo a suspensão e/ou exclusão como sanção. Em seguida, e ainda no mesmo artigo, a FIFA se declara neutra em matéria política e religiosa, salvo – e aqui cabe destacar – nos casos em que sejam afetados os objetivos estatutários da FIFA.²³

De quatro em quatro anos, ocorrem os jogos da Copa do Mundo FIFA, ocasião em que é demonstrado todo o poder da Organização e a sua imagem como entidade de força internacional. Para além da magnitude do evento, o grande negócio é o lucro gerado pelo futebol. Ao lado da própria FIFA, os principais responsáveis pela realização da Copa do Mundo são os Estados-sede e as empresas que patrocinam os jogos.

O Qatar, país peninsular árabe, é o anfitrião dos jogos da Copa do Mundo FIFA 2022. A Copa do Mundo é um evento que, pelo seu próprio nome já diz, é um acontecimento global, que envolve a comunidade internacional e possibilita o intercâmbio cultural e a promoção da diversidade (DORSEY, 2022).

Os patrocinadores oficiais da Copa do Mundo FIFA no Qatar são: Adidas; Coca-Cola²⁴; Wanda Group; Hyundai/KIA; Qatar Airways; Qatar Energy e Visa. Neste trabalho, ocupar-se-á tratar de algumas das grandes fontes de patrocínio dos jogos no Qatar.

A Adidas, em seu *website*, afirma celebrar a diversidade, apoiar a inclusão e incentivar a expressão individual. Acrescenta que a companhia não tolera assédio, preconceito ou discriminação contra qualquer pessoa – incluindo, mas não limitando, a discriminação com base em raça, cor, nacionalidade de origem, religião, limitações legais, orientação sexual, identidade de gênero e expressão de gênero.²⁵

Desde a sua criação (1997), o programa de direitos humanos da Adidas elenca – entre outros – a liberdade de associação e negociação coletiva, salários justos e a diversidade como questões de maior importância para a empresa.²⁶

Recentemente, *The Coca-Cola Company's* reafirmou o seu compromisso com os direitos humanos os colocando como valor fundamental da empresa. Como empresa global, se posiciona como “vigilante” no respeito aos direitos humanos em todas as searas, a partir das vidas tocadas

²³ _____. FIFA Estatutos. Estatutos de la FIFA: Reglamento de aplicación de los estatutos; Reglamento del Congreso. p. 11.

²⁴ Website COCA-COLA BRASIL. Disponível em: <https://www.coca-cola.com/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁵ Website ADIDAS BRASIL. Disponível em: <https://www.adidas.com.br/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

²⁶ ADIDAS. **Human Rights: adidas recognizes its corporate responsibility to respect human rights**. Disponível em: <https://www.adidas-group.com/en/sustainability/social-impacts/human-rights/#/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

pelo amplo alcance de seus produtos, de suas atividades de negócios e até mesmo em sua cadeia de valor.²⁷

A política de direitos humanos da companhia, disponível em 22 idiomas, conta com os seguintes tópicos: respeito pelos direitos humanos; valorização da diversidade; liberdade de associação e negociação coletiva; local de trabalho seguro e saudável; combate ao trabalho escravo, ao trabalho infantil e ao tráfico humano; horários de trabalho com salários justos. A Coca-Cola coloca ênfase especial na garantia dos direitos das populações vulneráveis, como mulheres, crianças, migrantes e indígenas.²⁸

A *Hyundai Motor Company*, também possui uma carta de compromisso com os direitos humanos, afirmando que está empenhada no cumprimento da mais ampla gama de direitos humanos como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, seguindo a orientação de devida diligência da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE). A regra é o cumprimento e o respeito dos direitos humanos, mas existe a exceção.²⁹

No capítulo em que trata dos princípios básicos de direitos humanos, a Hyundai elenca como importante os seguintes valores: a proibição da discriminação (respeito irrenunciável à diversidade e, os casos de discriminação são tratados pela política de tolerância zero); proibição de assédio; condições de trabalho dignos; garantia de liberdade de associação e de negociação coletiva; e proibição do trabalho forçado e do trabalho infantil.³⁰

O Qatar – de acordo com o artigo 1º de sua Constituição – é um Estado árabe, soberano e independente. O Islã é a religião oficial do país e tem como fonte principal de suas normas a Lei Islâmica^{31, 32} O Islã recebeu um status privilegiado na Constituição do Qatar, assim como na maioria das constituições do mundo árabe. E, assim como na Constituição do Kwait de 1962 (art. 2º), e na Constituição dos Emirados Árabes Unidos de 1971 (art. 7º), no Qatar, a sharia islâmica é a principal fonte de suas legislações.³³

²⁷ THE COCA-COLA COMPANY. **Human Rights: Overview**. 2022. Disponível em: <https://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/policies/pdf/human-workplace-rights/human-rights-principles/human-rights-overview-2022.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 03.

²⁸ THE COCA-COLA COMPANY. **Human Rights: Overview**. 2022. p. 04.

²⁹ HYUNDAI MOTOR COMPANY. **Human Rights Charter, 2021**. Disponível em: <https://www.hyundai.com/content/dam/hyundai/ww/en/images/company/sustainability/about-sustainability/policy/hyundai-human-rights-policy-eng-2021.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 02.

³⁰ HYUNDAI MOTOR COMPANY. **Human Rights Charter, 2021**. p. 05.

³¹ QATAR. Government Communications Office. State of Qatar. **The Constitution**. Disponível em: <https://www.gco.gov.qa/wp-content/uploads/2016/09/GCO-Constitution-English.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

³² Tradução livre para a língua portuguesa do texto: Qatar is an independent sovereign Arab State. Its religion is Islam and Shari'a law shall be a main source of its legislations. Its political system is democratic. The Arabic Language shall be its official language. The people of Qatar are a part of the Arab nation. QATAR. Government Communications Office. State of Qatar. **The Constitution**.

³³ BERNARD-MAUGIRON, Nathalie. *Religious References in the Constitutions of the Arab World: Islamization of the Constitution or Constitutionalization of Religion?*. **Constitutional Review in the Middle East and North Africa**. 2021. Disponível em:

A homossexualidade é ilegal no Qatar. Há riscos potenciais para os membros da comunidade LGBTI+ que visitam um país onde as relações entre pessoas do mesmo sexo e o sexo pré-matrimonial constituem violações penais da lei.

3. DISCRIMINAÇÃO E VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

Um país que não respeita direitos fundamentais não deveria ser elegível para sediar a Copa do Mundo FIFA, uma vez que no próprio Estatuto da FIFA há expressa menção acerca da luta contra a discriminação e pela igualdade, proibindo a discriminação de qualquer país, indivíduo ou grupo de pessoas por questões de raça, cor, etnia, nacionalidade, social, de gênero, deficiência, língua, religião, posicionamento político, ou qualquer outra espécie de discriminação. Também está proibida a discriminação por poder aquisitivo, local de nascimento ou origem, por orientação sexual ou por qualquer outra razão, tendo a suspensão e/ou exclusão como sanção.

Ativistas que defendem os direitos da população LGBTQIAP+ estão sendo perseguidos no Qatar antes mesmo dos jogos começarem. A Organização não-Governamental “*Human Rights Watch*”, apresentou um relatório indicando que pelo menos seis LGBT’s foram presos e abusados desde 2019, no Qatar.³⁴

Dois meses antes da Copa do Mundo, os seis LGBT’s presos e abusados foram entrevistados por membros da “*Human Rights Watch*”. Entre essas seis pessoas, se incluem quatro mulheres transexuais, uma mulher bissexual e um homem gay.

Na entrevista, o grupo perseguido referiu que foram mantidos em uma prisão subterrânea, em Doha – capital do Qatar –, e foram forçados a assinar um termo de compromisso indicando que as atividades consideradas imorais seriam cessadas. As mulheres transexuais detidas foram submetidas coercivamente a participarem de sessões de terapias de conversão em uma clínica custeada pelo governo.

Para além da discriminação e perseguição de minorias sociológicas, ocorreram também inúmeras violações de direitos humanos daqueles imigrantes que operaram nas obras dos estádios. Diante disso, a FIFA foi mais uma vez processada por violações de direitos humanos no Qatar. A denúncia foi apresentada pelas organizações não governamentais como a Anistia

<https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748912019-271/religious-references-in-the-constitutions-of-the-arab-world-islamization-of-the-constitution-or-constitutionalization-of-religion?page=1#:~:text=doi.org/10.5771/9783748912019%2D271>. Acesso em: 05 nov. 2022.

³⁴ HUMAN RIGHTS WATCH. Qatar: Security Forces Arrest, Abuse LGBT People: Discrimination, Ill-Treatment in Detention, Privacy Violations, Conversion Practice. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2022/10/24/qatar-security-forces-arrest-abuse-lgbt-people>. Acesso em: 16 nov. 2022.

Internacional, *Human Rights Watch*, *Football Supporters Europe* e a Federação Internacional de Trabalhadores.³⁵

Os jogadores estão proibidos de se manifestarem acerca das violações de direitos humanos no Qatar, estando sujeitos a punição da própria FIFA. É anacrônico assistir uma Copa em que os jogadores não podem se manifestar sobre assuntos tão importantes e necessários para o nosso tempo. Desde muito tempo o esporte é lugar em que os atletas usam a atenção da mídia internacional para se posicionarem sobre causas, como o combate ao racismo, por exemplo.

Neste momento, o apelo é pelo combate à homofobia mas que, tendo em vista a censura impositiva da FIFA, as vozes que podem ser ouvidas, estão amordaçadas. A mensagem que a FIFA deixa como um dos legados desta edição da Copa do Mundo é que os direitos humanos foram vendidos ou até mesmo nunca comprados.

Ao selecionar o Qatar como país sede dos jogos da Copa do Mundo, era de conhecimento da FIFA que as delegações e os turistas estavam sendo levados a uma região onde predomina o islamismo. Muitas das normas vigentes no Qatar são consideradas mais do que rígidas para o ocidente. As demonstrações de afeto não podem ser feitas em público e o diálogo com pessoa desconhecida que seja do sexo deve ser evitado.³⁶

Em se tratando de um país islâmico, as vestimentas devem ser objeto de cautela. Ombros e joelhos jamais devem ficar à mostra, regra que vale tanto para homens quanto para mulheres (para o sexo feminino as restrições são ainda mais rigorosas, cuja violação de tais restrições resultam em graves punições).

Para a Copa do Mundo de 2026, que terá como sede Canadá, México e Estados Unidos, a FIFA incorporou novos critérios pautados no respeito aos direitos humanos para então escolher quais serão as 16 cidades-sedes dos futuros jogos de futebol. Esses novos requisitos possibilitam o debate contemporâneo indispensável à sociedade aos Estados e aos organismos internacionais, abarcando dimensões essenciais da vida, educação, saúde, cultura, lazer e trabalho, que não por coincidência, são manifestações do Esporte, e que este, assim como um

³⁵ HASSENSTEIN, Alexander. FIFA é processada mais uma vez por violação dos direitos humanos no Qatar. **ESPN BRASIL**, 24 mai. 2022. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/10421133/fifa-processada-mais-uma-vez-violacao-direitos-humanos-qatar-diz-site. Acesso em: 04 dez. 2022.

³⁶ JUNIOR, Valter. Como os torcedores deverão se portar durante a Copa do Mundo do Catar. **Jornal Zero Hora (versão online)**, 29 set. 2022. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/copa-do-mundo/noticia/2022/09/como-os-torcedores-deverao-se-portar-durante-a-copa-do-mundo-do-catar-cl8bqlufs003z016equlz8spm.html>. Acesso em: 30 set. 2022.

dos fundamentos dos direitos humanos mantem o exercício da vivência da solidariedade entre os povos.³⁷

A adoção de novos critérios por parte da FIFA, é uma tentativa de demonstrar um possível alinhamento com o reconhecimento universal e indivisível dos direitos humanos. O rompimento com o respeito aos direitos humanos vem de longa data, tendo como hiato o período marcado entre a Copa do Mundo realizada na Rússia e a Copa do Mundo do Qatar.

Essas novas medidas de salvaguarda de direitos fundamentais nos futuros jogos de Copa do Mundo foram elaboradas pós consulta e intervenção da Organização das Nações Unidas, por exemplo. Apesar de se ter notícia deste novo compromisso assumido pela FIFA para 2026, um mesmo movimento aconteceu em 2017³⁸, quando a FIFA publicou o seu Estatuto, cujo documento traz em destaque o respeito à diversidade e a não discriminação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A violação de direitos fundamentais de homossexuais na Copa do Mundo do Qatar de 2022 tem sido um assunto cada vez mais relevante. A lei do Qatar proíbe expressamente o afeto entre pessoas do mesmo sexo, o que significa que qualquer competidor homossexual teria que se submeter a esta lei durante a Copa do Mundo, o que pode levar a violações dos seus direitos humanos.

Além disso, os turistas e outros visitantes da Copa do Mundo também estão sujeitos a essa lei, o que significa que qualquer homossexual que vá ao Qatar para assistir ao evento pode ser punido simplesmente por expressar sua orientação sexual.

É necessário que as organizações e a própria FIFA tomem as medidas necessárias para garantir que os direitos fundamentais dos homossexuais sejam respeitados no Qatar. Isso inclui a promoção de campanhas de sensibilização e a revisão das leis discriminatórias existentes.

REFERÊNCIAS

ADIDAS BRASIL. Disponível em: <https://www.adidas.com.br/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

³⁷ COCCETRONE, Gabriel. FIFA trata direitos humanos como “foco principal” na Copa do Mundo de 2026. Entrevista: AMBROJI, Alessandra. **UOL ESPORTE**, 10 ago. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2022/08/10/fifa-trata-direitos-humanos-como-foco-principal-na-copa-do-mundo-de-2026.htm>. Acesso em: 04 dez. 2022.

³⁸ O compromisso assumido em 2017, foi descumprido pela FIFA no Qatar.

ADIDAS. **Human Rights: adidas recognizes its corporate responsibility to respect human rights.** Disponível em: <https://www.adidas-group.com/en/sustainability/social-impacts/human-rights/#/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

BERNARD-MAUGIRON, Nathalie. *Religious References in the Constitutions of the Arab World: Islamization of the Constitution or Constitutionalization of Religion?*. **Constitutional Review in the Middle East and North Africa**. 2021. Disponível em: <https://www.nomos-elibrary.de/10.5771/9783748912019-271/religious-references-in-the-constitutions-of-the-arab-world-islamization-of-the-constitution-or-constitutionalization-of-religion?page=1#:~:text=doi.org/10.5771/9783748912019%2D271>. Acesso em: 05 nov. 2022.

BRAGANÇA FERRO, Luiz Bruno Lisboa. O surgimento de sistemas constitucionais transnacionais na solução de conflitos como resposta para a ineficácia da constituição política dos estados nacionais. In: **Atualidade da Constituição: O Constitucionalismo em Luhmann, Febbrajo, Teubner e Vesting**. (Orgs) ROCHA, Leonel Severo; CARVALHO COSTA, BERNARDO LEANDRO.

COCA-COLA BRASIL. Disponível em: <https://www.coca-cola.com/>. Acesso em: 16 nov. 2022.

COCETRONE, Gabriel. FIFA trata direitos humanos como “foco principal” na Copa do Mundo de 2026. Entrevista: AMBROJI, Alessandra. **UOL ESPORTE**, 10 ago. 2022. Disponível em: <https://www.uol.com.br/esporte/colunas/lei-em-campo/2022/08/10/fifa-trata-direitos-humanos-como-foco-principal-na-copa-do-mundo-de-2026.htm>. Acesso em: 04 dez. 2022.

DA LUZ, Cícero Krupp. Os entrelaçamentos de ordens legislativas: A análise crítica da diplomacia parlamentar e do processo legislativo nos casos união europeia/Estados-membros e FIFA/Brasil. Disponível em: https://www.academia.edu/57048030/Os_entrela%C3%A7amentos_de_ordens_legislativas_a_an%C3%A1lise_cr%C3%ADtica_da_diplomacia_parlamentar_e_do_processo_legislativo_nos_casos_Uni%C3%A3o_Europ%C3%A9ia_Estados_membros_e_FIFA_Brasil. Acesso em: 05 nov. 2022.

FIFA Estatutos. **Estatutos de la FIFA: Reglamento de aplicación de los estatutos; Reglamento del Congreso**. Edición de mayo de 2021. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/1c1b09370e3d5dbe/original/FIFA-Estatutos-2021.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

FIFA. **FIFA's Human Rights Policy**. May 2017 edition. Disponível em: <https://digitalhub.fifa.com/m/1a876c66a3f0498d/original/kr05dqyhwr1uhqy2lh6r-pdf.pdf>. Acesso em: 4 nov. 2022.

HASSENSTEIN, Alexander. FIFA é processada mais uma vez por violação dos direitos humanos no Qatar. **ESPN BRASIL**, 24 mai. 2022. Disponível em: https://www.espn.com.br/futebol/artigo/_/id/10421133/fifa-processada-mais-uma-vez-violacao-direitos-humanos-qatar-diz-site. Acesso em: 04 dez. 2022.

HUMAN RIGHTS WATCH. Qatar: Security Forces Arrest, Abuse LGBT People: Discrimination, Ill-Treatment in Detention, Privacy Violations, Conversion Practice. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2022/10/24/qatar-security-forces-arrest-abuse-lgbt-people>. Acesso em: 16 nov. 2022.

HYUNDAI MOTOR COMPANY. **Human Rights Charter, 2021**. Disponível em: <https://www.hyundai.com/content/dam/hyundai/ww/en/images/company/sustainability/about-sustainability/policy/hyundai-human-rights-policy-eng-2021.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022.

JUNIOR, Valter. Como os torcedores deverão se portar durante a Copa do Mundo do Catar. **Jornal Zero Hora (versão online)**, 29 set. 2022. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/esportes/copa-do-mundo/noticia/2022/09/como-os-torcedores-deverao-se-portar-durante-a-copa-do-mundo-do-catar-cl8bqlufs003z016equlz8spm.html>. Acesso em: 30 set. 2022.

QATAR. Government Communications Office. State of Qatar. **The Constitution**. Disponível em: <https://www.gco.gov.qa/wp-content/uploads/2016/09/GCO-Constitution-English.pdf>. Acesso em: 05 nov. 2022.

ROCHA, Leonel Severo; DA LUZ, Cícero Krupp. **Lex mercatória e Governança: A Policontextualidade entre Direito e Estado**. Revista Direitos Culturais. v. 1, n. 2, jun. 2007. Disponível em: https://www.academia.edu/420200/Lex_mercatoria_e_Governan%C3%A7a_A_Policontextualidade_entre_Direito_e_Estado. Acesso em: 05 nov. 2022.

TEUBNER, Gunther. Fragmentos Constitucionais: constitucionalismo social na globalização. 2ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2020.

THE COCA-COLA COMPANY. **Human Rights: Overview**. 2022. Disponível em: <https://www.coca-colacompany.com/content/dam/journey/us/en/policies/pdf/human-workplace-rights/human-rights-principles/human-rights-overview-2022.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2022. p. 03.

ARTIGOS – GT10 – SEGURANÇA ALIMENTAR

O DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO: UMA ANÁLISE DA (IN) SEGURANÇA ALIMENTAR NA PANDEMIA E (IN) ATUAÇÃO DO PODER PÚBLICO

THE HUMAN RIGHT TO FOOD: AN ANALYSIS OF THE FOOD (IN) SECURITY IN THE PANDEMIC AND THE (IN) ACTION OF THE PUBLIC POWER

Adriana Aguilhar da Silva¹

Ana Luiza Almeida da Silva²

Francielle Benini Agne Tybusch³

RESUMO

O presente artigo tem como principal objetivo o estudo do direito humano à alimentação adequada frente a pandemia da covid-19 no Brasil, no contexto de análise da (in) segurança alimentar e a (in) atuação do poder público frente ao problema. Para isso, foi utilizado o recente estudo divulgado pela ONU sobre o tema, bem como relatórios de instituições brasileiras que estudam o assunto da segurança alimentar e realizaram o mapeamento da situação no Brasil durante o período pandêmico, como a Rede PESSAN. Logo, o trabalho traz o seguinte questionamento central: é possível apontar que durante o período de pandemia da covid-19 no Brasil, os casos de insegurança alimentar aumentaram diante da insuficiência de políticas públicas voltadas à promoção do direito humano à alimentação adequada? Assim, a pesquisa utilizou-se do método de abordagem dedutivo, partindo de uma análise global da segurança alimentar na visão da ONU, e seguindo em direção ao contexto brasileiro com relatórios específicos sobre o assunto. Como método procedimental foi utilizado o histórico e monográfico, utilizando da pesquisa bibliográfica e documental. Concluiu-se que durante a covid-19 ocorreu elevado aumento da insegurança alimentar no país, sendo que as políticas públicas voltadas à erradicação, além de insuficientes, em certos setores foram inexistentes, visto que o tema fome

¹Pós-Graduada em Direito e Processo do Trabalho: o mundo do trabalho e suas novas relações pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana, tendo recebido Láurea Acadêmica pelo destaque no ensino, pesquisa e extensão. Tecnóloga em Gestão Pública pela Faculdade de Tecnologia Internacional. Servidora Pública Federal do Ministério do Trabalho. E - mail: adrirssm@gmail.com.

²Advogada. Pós-Graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana. Pós-Graduada em Direito Civil e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário União das Américas - Descomplica. Bacharel em direito pela Universidade Franciscana. E-mail: anaaluiza.rp1997@gmail.com.

³ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: francielleagne@gmail.com.

não era uma pauta relevante para o governo, e como reflexo disso, o país voltou a fazer parte do mapa da fome da ONU em 2022.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos; Segurança Alimentar; Pandemia Covid-19; Políticas Públicas.

ABSTRACT

The present article aims to study the human right to adequate food in face of the Covid-19 pandemic in Brazil, in the context of the analysis of the food (in)security and the government (in)action regarding the theme, as well as reports from Brazilian institutes that study the subject of food insecurity and made the tracing of the situation in Brazil during the pandemic period, such as Rede PESSAN. From this, the paper brings the following central question: is it possible to point that during the period of the covid-19 pandemic in Brazil the cases of food insecurity have risen in face of the lack of public policies aimed at the promotion of the human right to adequate food intake? With this aim, the research utilized the deductive method of approach, starting from a global analysis of food security from the perspective of the UN, and following with the analysis of the Brazilian context based on specific reports on the topic. As procedural methods the historical and monographical were utilized through the use of bibliographical and documental research. It was concluded that during covid-19 there was a high spike in food insecurity in the country, with the public policies aimed at eradication, besides insufficient, being inexistent in some sectors, seeing as hunger wasn't considered a relevant subject to the government and, as a reflection, the country returned to being part of the UN's hunger map in 2022.

KEYWORDS: Human Rights; Food Security; Covid-19 Pandemic; Public Policies.

INTRODUÇÃO

Ao contrário do que muitas pessoas pensam, o tema covid-19 ainda será muito debatido em diversos setores de nossas vidas por um bom tempo. A exemplo disso, o tema da insegurança alimentar volta a assombrar o país novamente, agora com força total, uma vez que a insegurança alimentar aumentou drasticamente no país em decorrência do período pandêmico que vivenciamos desde o ano de 2020.

A pandemia por covid-19 foi um dos eventos mais desafiadores que ocorreu no último século no mundo, sendo responsável por acentuar ainda mais as desigualdades sociais existentes no Brasil, colocando em risco a concretização do direito humano fundamental à alimentação adequada (DHAA), que atinge principalmente a população mais vulnerável, afastando-os da segurança alimentar.

Assim, o trabalho cuidará de analisar três relatórios sobre o assunto como base estruturante do artigo, o primeiro deles foi realizado pela ONU em parceria com FAO, FIDA, UNICEF E OMS, intitulado “ The state of food security and nutrition in the world: repurposing food and agricultural policies to make healthy diets more affordable” divulgado em fevereiro de 2022, o segundo foi realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar - PENSSAN, trata-se do II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil também no ano de 2022, e o último é intitulado “ Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil”, divulgado em 2021 e realizado em pela UFMG em parceria com a Universidade de Berlim na Alemanha.

Assim, com base nos relatórios apontados, bem como de dados governamentais sobre o assunto e doutrinadores da área, o presente estudo tem como principal objetivo responder ao seguinte problema de pesquisa: é possível apontar que durante o período de pandemia da covid-19 no Brasil os casos de insegurança alimentar aumentaram diante da insuficiência de políticas públicas voltadas à promoção do direito humano à alimentação adequada?

A fim de cumprir com esta finalidade, o método de abordagem utilizou-se o dedutivo, em conjunto com a técnica de pesquisa bibliográfica doutrinária e documental, bem como de dados dos sites oficiais governo, com o intuito de desenvolver uma pesquisa baseada em dados brasileiros sobre a segurança alimentar na pandemia e políticas públicas governamentais durante o período.

De posse do aporte metodológico, o artigo é estruturado em duas sessões. A primeira traz considerações a respeito dos relatórios anteriormente apontados e sua relação com a segurança alimentar no Brasil durante o período da pandemia. Já em relação à segunda, cuidaremos de analisar a atuação do governo, principalmente o federal, na implementação de políticas públicas voltadas à promoção do direito humano fundamental à alimentação adequada e seus impactos e consequências ao país.

Para responder ao problema de pesquisa proposto, o trabalho será estruturado em dois capítulos. O primeiro cuidará de analisar a correlação do avanço da insegurança alimentar no Brasil com os reflexos causados pela pandemia da COVID-19. Já o segundo será voltado a compreensão das políticas públicas implementadas no país com vistas à promoção do direito à alimentação e segurança alimentar, principalmente durante os anos de 2020 e 2021 e suas consequências.

Portanto, o trabalho justifica sua relevância, principalmente no seu cunho social e jurídico, haja vista a necessidade de se falar e agir em prol dos grupos mais vulneráveis do nosso país, e não fazer de nossa constituição uma letra morta, da qual não efetuamos direitos fundamentais

básicos, diante da ineficiência e (in) atuação do governo em prol de políticas públicas voltadas a essas demandas.

Também, devemos lembrar as principais metas do Brasil nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável no Brasil junto à OMS, de até 2030 acabar com a fome e garantir o acesso de todas as pessoas a alimentos seguros, nutritivos e suficientes durante o ano todo, dentre outros. Ocorre, que principalmente no último ano, o Brasil se distanciou ainda mais de tais metas, e como consequência disso, o país voltou a integrar o mapa da fome da ONU, do qual havia saído em 2014.

1. DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA: A SEGURANÇA ALIMENTAR NO CONTEXTO PANDÊMICO

A fome ainda é um assunto de extrema relevância ao país, sobretudo no decorrer dos últimos anos, onde um cenário de pandemia, associado ao desinteresse governamental na promoção do direito humano à alimentação adequada, contribuíram para o agravamento da insegurança alimentar no território nacional. Primeiramente é necessário a compreensão acerca da temática legal do direito à alimentação, fazendo um resgate histórico/jurídico no país, para que seja possibilitado o desenvolvimento da pesquisa científica aqui proposta.

O primeiro marco legislativo substancial do direito à alimentação adequada foi a Declaração Universal dos Direitos Humanos⁴, que no seu artigo 25.1 consagra o esse direito no contexto internacional. No entanto, esse avanço só teve lugar em razão dos horrores ocorridos durante a Primeira Guerra Mundial, quando a fome passou a ser um problema a ser debatido, principalmente em razão da miserabilidade que atingiu o continente europeu.

Como norma legal, o Brasil institui dentro da constituição a proteção e promoção de tal direito somente em 2010, por meio da Emenda Constitucional nº 64/⁵, mais precisamente no artigo 6º, incluindo o direito à alimentação como direito social de todo brasileiro.

É importante trazer à baila, que desde o ano de 2003 o governo federal passou a assumir um papel central no combate a fome a miséria no país, instituindo uma agenda preocupada com as demandas de segurança alimentar como política de Estado, com marcos legislativos e

⁴SENADO FEDERAL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: ideal de justiça, caminhos de paz. Brasília, 2008. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/505869/declaracao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27 out. 2022

⁵PLANALTO. **Emenda Constitucional nº 64/2010**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc64.htm. Acesso em 20 out. 2022.

institucionais que criaram o Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (SISAN), a recriação do Conselho Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (CONSEA)⁶.

No mesmo ano teve início o Projeto Fome Zero, é foi a principal pauta do governo de Luiz Inácio Lula da Silva, sendo fruto do trabalho de inúmeros especialistas, representantes de ONGs, institutos de pesquisas, organizações populares e movimento sociais do país, que uniram forças para implementação da Política Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional (PNSAN)⁷.

Desde de 2013 a Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura - FAO, uma agência especializada do sistema ONU, a qual atua no globalmente no combate à fome e a pobreza trazendo pautas voltadas a segurança alimentar e o desenvolvimento agrícola, implementou o projeto Voices of the Hungry⁸ que estabeleceu o Módulo de Pesquisa FIES, escala de experiência de insegurança alimentar, com a seguinte classificação conforme escala retirada do site institucional do projeto.

Figura 1. Escala de Experiência de Insegurança Alimentar do Projeto Voices of the Hungry da FAO.
INSEGURIDAD ALIMENTARIA SEGÚN LA FIES. ¿QUÉ SIGNIFICA?



Fonte: - Escala de Experiência de Insegurança Alimentar - Organização das Nações Unidas para Alimentação e Agricultura, 2022).

A organização tem um papel muito importante no mundo e sua agência no Brasil tem como principal prioridade a segurança alimentar com pautas destinadas ao direito à alimentação adequada e saudável de forma permanente e sustentável. Para isso, foram traçados três objetivos, (i) fortalecimento das Políticas Nacionais de Segurança Alimentar e Nutricional

⁶MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **SISAN - Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional**. Brasília. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-sisan>. Acesso em 23 nov. 2022.

⁷ SILVA, José Graziano; DEL GROSSI, Mauro Eduardo; FRANÇA, Caio Galvão (orgs). **Fome Zero: A experiência brasileira**. Brasília: MDA, 2010, p. 16. Disponível em: <https://www.fao.org/3/i3023pt/i3023pt.pdf>. Acesso em 26 nov. 2022.

⁸FAO. **Voices of the Hungry**. Disponível em: <https://www.fao.org/in-action/voices-of-the-hungry/fies/es/>. Acesso em 24 nov. 2022.

(PNSAN), (ii) implementar estratégias e metodologias específicas desenvolvidas para a consolidação do Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutrição (SISAN) e por último (iii) a fortalecimento da plataforma institucional da agricultura familiar e da agricultura, através da formulação e execução dos programas para o desenvolvimento de cadeias sustentáveis⁹.

Importante mencionar que o SISAN é um sistema de gestão intersetorial, onde a participação e articulação se dá nos três níveis de governo a fim de implementar e executar as políticas de segurança alimentar e nutricional, objetivando o acompanhamento e monitorando da situação no país¹⁰.

Já as Políticas Nacionais de Segurança Alimentar e Nutricional, diz respeito a integração entre o governos e a sociedade voltadas às ações de programas estratégico como o acesso a água, o fomento às atividades rurais da agricultura familiar, o programa de aquisição de alimentos, distribuição de alimentos, dentre outros¹¹.

A insegurança alimentar é classificada pelo Instituto Brasileiro Geografia e Estatísticas (IBGE) em três graus: (i) leve, quando há preocupação ou incerteza quanto ao acesso aos alimentos no futuro; qualidade inadequada dos alimentos, (ii) moderada, quando há redução quantitativa de alimentos entre os adultos e/ou ruptura nos padrões de alimentação resultante da sua falta, e (iii) grave, quando ocorre a redução quantitativa de alimentos entre as crianças, ou seja, ruptura nos padrões de alimentação resultante da falta de alimentos, nesse estágio a fome é um experiência vivida no domicílio.¹²

Para o IBGE, estar em situação de segurança alimentar significa:

A família/domicílio que tem acesso regular e permanente a alimentos de qualidade, em quantidade suficiente, sem comprometer o acesso a outras necessidades essenciais¹³.

⁹FAO. **Programas no Brasil**. Brasília. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/programas-e-projetos/programa/pt/#c356409>. Acesso em 24 nov. 2022.

¹⁰MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **Sistema nacional de segurança alimentar e nutricional**. Disponível em: [https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20\(PAA\)%3B](https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20(PAA)%3B). Acesso em: 25 nov. 2022.

¹¹MINISTÉRIO DA CIDADANIA. **SISTEMA NACIONAL DE SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL**. Disponível em: [https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20\(PAA\)%3B](https://www.gov.br/cidadania/pt-br/acesso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20(PAA)%3B). Acesso em: 25 nov. 2022.

¹²IBGE. Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF 2017-2018: Nota Técnica 01/2021 - Análise de segurança alimentar no Brasil. Brasília, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

¹³IBGE. Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF 2017-2018: Nota Técnica 01/2021 - Análise de segurança alimentar no Brasil. Brasília, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

Agora, de mãos de toda informação necessária sobre o tema da segurança alimentar no Brasil, é importante analisar a situação da insegurança alimentar no Brasil no contexto pandêmico. Para isso passaremos ao estudo de três relatórios, o primeiro divulgado em julho de 2022, produzido em conjunto pela FAO, UNICEF e OMS, apontou agravamento da fome mundial em 2020, que muito provavelmente está relacionado às consequências da COVID-19, no entanto o impacto da pandemia ainda não estava totalmente mapeado¹⁴.

O estudo indica entre 702 e 828 milhões de pessoas passaram fome no mundo em 2021, mas que em projeção para 2030, cerca de 670 milhões ainda podem enfrentar a fome, cerca de 30 milhões a mais do que antes da COVID-19¹⁵.

Outro ponto mencionado pelo relatório é de 2,3 bilhões de pessoas ao redor do mundo estavam em situação de insegurança alimentar moderada ou grave somente em 2021, cerca de 30% da população mundial, o que representa um aumento de 350 milhões em comparação ao período pré-pandemia no ano de 2019¹⁶.

É possível apontar que o cenário de insegurança alimentar mundial agravou-se ainda mais no decorrer da pandemia, isso porque seus impactos foram e são persistentes, representando enorme desafio aos líderes mundiais, principalmente em razão das latentes desigualdades sociais existentes e seu agravamento causado pela pandemia, tudo isso somou-se para que houvessem retrocessos para que atinjam os objetivo do Fome Zero até 2030¹⁷.

Em relação ao indicador ODS 2.12, que visa monitorar o progresso em relação a garantia de acesso à alimentação adequada a todos, de acordo com o FIES os índices é possível relacionar que a persistência da insegurança alimentar grave no mundo está diretamente relacionado os objetivos da ODS 2.1.1 que é a prevalência da desnutrição no mundo¹⁸.

Os índices de insegurança alimentar aumentaram significativamente na América Latina e no Caribe, em 2021, por exemplo, a insegurança alimentar grave aumentou 1,4 ponto percentual, atingindo 14,2% - um aumento de quase 10 milhões a mais em um ano e 30 milhões em comparação a 2019. De posse desses dados, podemos concluir que nesta região, a prevalência

¹⁴ FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022. Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc0639en>. Acesso em 10 out. 2022.

¹⁵ FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022, p. 16. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cc0639en/cc0639en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

¹⁶ FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022, p. 36. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cc0639en/cc0639en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

¹⁷ FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022, p. 37. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cc0639en/cc0639en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

¹⁸ FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022, p. 48. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cc0639en/cc0639en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

da insegurança alimentar grave mais que dobrou desde o início das publicações na escala FIES, em 2014¹⁹.

No entanto, é necessário passarmos a análise da situação no Brasil em específico, o estudo intitulado “Efeitos da Pandemia na alimentação e na situação de segurança alimentar no Brasil²⁰”, apontou que 59,4% dos domicílios pesquisados têm ocorrência de insegurança alimentar no período de agosto a dezembro de 2020. Da mesma forma, houve uma redução de cerca de 85% no consumo de alimentos saudáveis e de 80% no consumo de alimentos não saudáveis entre os entrevistados residentes em domicílios em situação de insegurança alimentar.

No mesmo sentido, A Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede PENSSAN) divulgou resultado do II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da COVID-19 no Brasil (II VISIGAN) , onde apontou que nos últimos 2 anos ocorreu uma drástica redução na segurança alimentar nos domicílios brasileiros, ou seja, a fome mais que dobrou em pouco mais de um ano²¹.

Ainda, o I VISIGAN, apontou que 55,2% dos domicílios brasileiros estavam em condições de insegurança alimentar e 9% conviviam com a fome. Isso ocorreu não somente em decorrência da covid-19, mas também como consequência da realidade sócio econômica do país bem como das profundas desigualdades existentes, muito anterior ao período pandêmico²².

Com base nos resultados trazidos pelo estudo, no decorrer dos últimos anos ficou evidente o quanto o povo brasileiro empobreceu, o que propiciou a precarização da vida, sem que o estado fornecesse um suporte suficiente a fim de garantir o direito humano à alimentação adequada²³.

¹⁹ FAO. **The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI)**. Rome, 2022, p. 50. Disponível em: <https://www.fao.org/3/cc0639en/cc0639en.pdf>. Acesso em 10 out. 2022.

²⁰ Galindo, Eryka; TEIXEIRA, Marco Antônio; ARAÚJO, Melissa; MOTTA, Renata; PESSOA, Milene; MENDES, Larissa Mendes; RENNÓ, Lúcio. **Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil**. Food for Justice Working Paper Series, nº 4. Berlin, 2021. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/relatorio%20pesquisa%20Berlim%20UFMG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

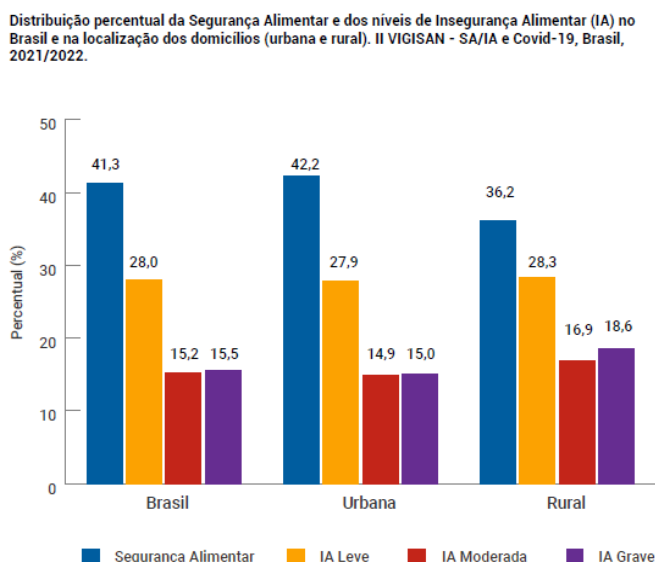
²¹ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 18. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

²² PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 21. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

²³ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 35. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

Conforme figura abaixo, no final de 2021 e início de 2022, os moradores de cerca de 40% dos domicílios tinham acesso pleno aos alimentos, vivendo assim em situação de segurança alimentar. No entanto, em 28% havia instabilidade quanto a conseguir acesso a alimentos no futuro próximo e também insegurança quanto à qualidade desses alimentos, ou seja insegurança alimentar leve, enquanto 30,7% já conviviam com a insegurança alimentar moderada ou grave e desses 15,5% passavam fome²⁴.

Figura 2. Distribuição percentual da segurança alimentar e seus níveis de insegurança no Brasil, nas zonas urbanas e rurais.



Fonte: - II VISIGAN - REDE PENSSAN, 2022.

Portanto, podemos entender que a acessão de políticas públicas de caráter social destinadas ao aumento da renda para as famílias mais pobres durante a pandemia é essencial, principalmente nas regiões norte e nordeste, haja vista que as políticas públicas brasileiras foram ineficazes e quase inexistentes durante o período, demonstrando o descaso do poder pública com as demandas de enfrentamento da fome no Brasil, conforme será abordado no próximo capítulo.

²⁴ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 36. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022

2. A (IN) ATUAÇÃO DO GOVERNO FRENTE AO CRESCIMENTO DA INSEGURANÇA ALIMENTAR NO CONTEXTO PANDÊMICO

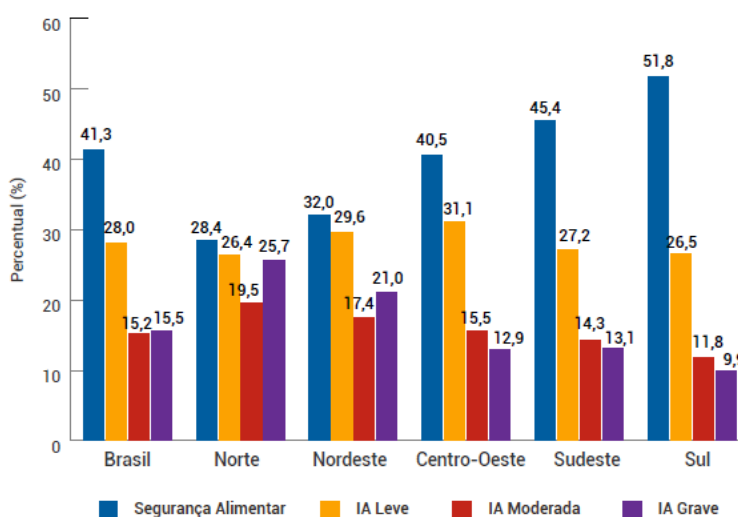
Com base nos estudos realizados, onde foram enfrentadas as temáticas da segurança alimentar e pandemia da covid-19 no Brasil, podemos identificar alguns fatores cruciais para o agravamento e avanço da insegurança alimentar no país.

De acordo com o II VISIGAN, a má distribuição de renda, bem como a sua insuficiência, o não acesso a bens e serviços e as políticas públicas são fatores que explicam, em partes, o porquê de o país estar tão distante de uma efetiva promoção ao direito fundamental à alimentação adequada. Diversos estudos já apontam que nos domicílios em que se tem uma menor renda familiar per capita, influência diretamente na ocorrência da insegurança alimentar, principalmente em seus níveis mais severos²⁵.

Importante referir que ao analisarmos as condições e de renda das regiões norte e nordeste, podemos concluir que nessas regiões a concentração é maior de pessoas que passam fome no Brasil, isso ocorre em razão das desigualdades regionais históricas, a falta de saneamento básico, a falta de emprego e precariedade de educação²⁶.

Figura 3. Percentual de Insegurança Alimentar no Brasil e nas regiões.

Distribuição percentual da Segurança Alimentar e dos níveis de Insegurança Alimentar (IA) no país. Brasil e macrorregiões. II VISIGAN - SA/IA e Covid-19, Brasil, 2021/2022.



²⁵ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 45. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁶ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 39. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

O estudo realizado pela UFMG em parceria com a Universidade de Berlim aponta que a situação de segurança alimentar é resultado de diversos fatores multidimensionais, dos quais a situação econômico-financeira é um dos marcadores de maior reflexo para o risco de segurança de alimentar²⁸.

É possível determinar que as famílias mais afetadas pela insegurança alimentar possuem os indicadores sociodemográficos piores, a perpetuação da vulnerabilidade social que tende a se perpetuar entre gerações do mesmo grupo familiar, reforçando a necessidade de políticas públicas de caráter permanente que propicie uma melhor condição de renda para as famílias, aumentando seu poder de compra com o salário mínimo e o acesso à educação²⁹.

De acordo com os resultados obtidos pelo II VISIGAN, das famílias que recebem acima de um salário mínimo per capita, o percentual de segurança alimentar ultrapassa 65%, enquanto das que das famílias que recebem de ½ até um salário mínimo per capita o percentual baixa para 43%³⁰.

O acesso a políticas públicas, no período de covid-19, como meio de garantir o acesso permanente da população à alimentação adequada. Um exemplo de política pública voltada ao enfrentamento da covid-19 foi a concessão do auxílio emergencial³¹, instituída da Lei nº 13.982/2020 em abril de 2020.

²⁷ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 40. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁸ Galindo, Eryka; TEIXEIRA, Marco Antonio; ARAÚJO, Melissa; MOTTA, Renata; PESSOA, Milene; MENDES, Larissa Mendes; RENNÓ, Lúcio. **Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil**. Food for Justice Working Paper Series, nº 4. Berlin, 2021, p. 28. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/relatorio%20pesquisa%20Berlim%20UFMG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

²⁹ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 46. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

³⁰ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 46. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VISIGAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

³¹ Lei Nº 13.982, DE 2 DE ABRIL DE 2020 Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm#:~:text=O%20Poder%20Executivo%20regulamentar%C3%A1%20o%20aux%C3%ADlio%20emergencial%20de%20que%20trata%20este%20artigo.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,efetuados%20na%20forma%20do%20caput%20.. Acesso em 20 out. 2022.

O auxílio emergencial foi uma política importante durante o período pandêmico, eis que demonstrado em estudos do PNAD-Covid cerca de 6% dos domicílios entrevistados sobreviveram apenas com os recursos oriundos do programa. Ainda, tal porcentagem foi ainda maior no nordeste do país, ultrapassando 12% em estados como Piauí, Bahia e Maranhão³².

No entanto, houve uma redução significativa do valor do auxílio em setembro de 2020, o que impactou diretamente a renda dessas famílias mais vulneráveis, eis que no domicílios entrevistados, o valor representa cerca de 10% da renda familiar, sendo que com a redução esse percentual caiu para 6,1%, e entre os mais pobres esse número é ainda maior, pois mesmo com a redução, o auxílio representava 32% da renda familiar³³.

O II VIGISAN chamou atenção para a crescente população vivendo com renda inferior a ¼ do salário mínimo per capita, sendo que nessa população cerca de 43% convive com a fome, percentual dobrado em relação a 2020. No mesmo sentido o aumento do desemprego, o endividamento das famílias, bem como os cortes com despesas essenciais e não essenciais, também são fatores que levam ao agravamento do problema³⁴.

Outro ponto crucial para o agravamento da insegurança alimentar é o desmonte de instituições públicas e a desativação de políticas voltadas a proteção social, isso propicia o aumento das desigualdades, da pobreza e da fome, principalmente pela (in)atuação dentro desses setores, gerando um aumento na concentração da renda e riquezas, significando um desamparo governamental, principalmente a partir de 2016³⁵.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da análise dos estudos aqui lançados, podemos compreender que os reflexos oriundos da pandemia da covid-19 são inúmeros e imensuráveis, sendo até os dias atuais responsáveis por acentuar as desigualdades sociais e econômicas, principalmente em um país como o Brasil, que já sofre fortemente com essas demandas.

³² IBGE. **PNAD-COVID**. Rio de Janeiro, 2020, p. 34. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101778.pdf>. Acesso em 27 nov. 2022.

³³ Galindo, Eryka; TEIXEIRA, Marco Antonio; ARAÚJO, Melissa; MOTTA, Renata; PESSOA, Milene; MENDES, Larissa Mendes; RENNÓ, Lúcio. **Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil**. Food for Justice Working Paper Series, nº 4. Berlin, 2021, p. 30. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/relatorio%20pesquisa%20Berlim%20UFMG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

³⁴ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 84. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

³⁵ PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. **Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil**. São Paulo, 2022, p. 488. Disponível em: <https://olheparaafome.com.br/wp-content/uploads/2022/06/Relatorio-II-VIGISAN-2022.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

No entanto, podemos concluir também que a atuação do poder público frente à pandemia da covid-19, além de insuficiente em relação às poucas políticas públicas implementadas, foram inexistentes em outros setores. Isso ocorre principalmente a partir do desmonte das instituições públicas voltadas ao combate da fome no Brasil, em especial do CONSEA, que foi extinto ainda no início do atual governo de Jair Bolsonaro, bem como de não ser esse assunto pauta política relevante a esse sistema.

Outro ponto importante de se analisar, diz respeito a extrema necessidade da valorização do salário mínimo nacional, a fim de dar maior poder compra a população, já que a anos não temos um aumento real do indexador. Além disso, é necessário o investimento por meio do financiamento aos agricultores, em especial a agricultura familiar, que sofreu fortemente os impactos da pandemia e da crise econômica posterior.

Mais do que simplesmente falar é necessário um governo verdadeiramente preocupado com as demandas de segurança alimentar nutricional, já que nos últimos anos vivenciamos retrocessos significativos, e como consequência direta disso voltamos ao mapa da ONU da fome em 2022, do qual havíamos saído em 2014.

Ninguém melhor que Josué de Castro para definir o que ocorre com o Brasil na atualidade, “O que falta é vontade política para mobilizar recursos a favor dos que têm fome”.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei Nº 13.982, DE 2 DE ABRIL DE 2020. Altera a Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, para dispor sobre parâmetros adicionais de caracterização da situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício de prestação continuada (BPC), e estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19) responsável pelo surto de 2019, a que se refere a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13982.htm#:~:text=O%20Poder%20Executivo%20regulamentar%C3%A1%20o%20aux%C3%ADio%20emergencial%20de%20que%20trata%20este%20artigo.&text=Par%C3%A1grafo%20%C3%BAnico.,efetuados%20na%20forma%20do%20caput%20. Acesso em 20 out. 2022.

FAO. Programas no Brasil. Brasília. Disponível em: <https://www.fao.org/brasil/programas-e-projetos/programa/pt/#c356409>. Acesso em 24 nov. 2022.

FAO. The State of Food Security and Nutrition in the World 2022 (SOFI). Rome, 2022. Disponível em: <https://www.fao.org/documents/card/en/c/cc0639en>. Acesso em 10 out. 2022.

FAO. Voices of the Hungry. Disponível em: <https://www.fao.org/in-action/voices-of-the-hungry/fies/es/>. Acesso em 24 nov. 2022.

Galindo, Eryka; TEIXEIRA, Marco Antonio; ARAÚJO, Melissa; MOTTA, Renata; PESSOA, Milene; MENDES, Larissa Mendes; RENNÓ, Lúcio. Efeitos da pandemia na alimentação e na situação da segurança alimentar no Brasil. Food for Justice Working Paper Series, nº 4. Berlin, 2021. Disponível em: <https://www.epsjv.fiocruz.br/sites/default/files/files/relatorio%20pesquisa%20Berlim%20UFMG.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Nota técnica 01/2021 - Análise da segurança alimentar no Brasil. Rio de Janeiro, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf>. Acesso em: 10 out. 2022.

IBGE. Pesquisa de Orçamentos Familiares - POF 2017-2018: Nota Técnica 01/2021 - Análise de segurança alimentar no Brasil. Brasília, 2021. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101858.pdf>. Acesso em 20 out. 2022.

IBGE. PNAD-COVID. Rio de Janeiro, 2020. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101778.pdf>. Acesso em 27 nov. 2022.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. SISAN - Sistema Nacional de Segurança Alimentar e Nutricional. Brasília. Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional-sisan>. Acesso em 23 nov 2022.

MINISTÉRIO DA CIDADANIA. Sistema nacional de segurança alimentar e nutricional. Disponível em: [https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20\(PAA\)%3B](https://www.gov.br/cidadania/pt-br/aceso-a-informacao/carta-de-servicos/desenvolvimento-social/inclusao-social-e-produtiva-rural/sistema-nacional-de-seguranca-alimentar-e-nutricional#:~:text=A%20execu%C3%A7%C3%A3o%20da%20Pol%C3%ADtica%20Nacional,Aquisi%C3%A7%C3%A3o%20de%20Alimentos%20(PAA)%3B). Acesso em: 25 nov. 2022.

PENSSAN, Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar. Insegurança Alimentar e Covid-19 no Brasil: II Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. São Paulo, 2022. Disponível em: II VIGISAN Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil. Acesso em: 10 out. 2022.

SENADO FEDERAL. Declaração Universal dos Direitos Humanos: ideal de justiça, caminhos de paz. Brasília, 2008. Disponível em:

<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/505869/declaracao.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 27 out. 2022.

UNICEF. The State of Food Security and Nutrition in the World 2021. Nova Iorque, 2021. Disponível em: https://data.unicef.org/resources/sofi-2021/?_ga=2.45854564.1705183824.1665425937-1412559136.1665425937. Acesso em: 10 out. 2022.

A IMPORTÂNCIA DA DISCIPLINA INTEGRADORA PARA COMPREENSÃO DA REALIDADE SOCIAL: PROTAGONISMO ACADÊMICO

THE IMPORTANCE OF THE INTEGRATOR SUBJECT FOR UNDERSTANDING THE SOCIAL REALITY: ACADEMIC PROTAGONISM

Thaís Fernanda Silva¹

Patricia Grazziotin Noschang²

Natalia Ferreira Lehmkuhl³

RESUMO

O presente trabalho busca evidenciar a importância da disciplina integradora no cenário acadêmico como forma de despertar no discente um olhar mais sensível aos problemas enfrentados pela sociedade, formando não só um graduado mais um cidadão disposto a contribuir na melhora da realidade social a qual vivência, utilizando de métodos de autogestão da aprendizagem, com independência e proatividade. Partindo da análise de que como protagonista da disciplina esteja mais engajado nos temas sociais propostos pelo docente. Nesta pesquisa utilizou-se a disciplina integradora que busca a conscientização, combate e prevenção às práticas discriminatórias contra pessoas idosas, denominado de ageísmo e de que forma o desenvolvimento de métodos de ensino que visam o protagonismo do aluno favorece o desenvolvimento na consciência social. O presente trabalho utiliza o método dedutivo de procedimento e análise e, como técnica de pesquisa, a legal-bibliográfica com aporte em instrumentos internacionais.

PALAVRAS-CHAVE: Disciplina integrativa, Ageísmo, Consciência social.

ABSTRACT

The present one seeks to highlight the importance of the integrative discipline in the academic scenario as a way to awaken in the student a more sensitive look at the problems faced

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. Passo Fundo-RS. Pós-graduanda em Execução Penal e Tribunal do Júri pela LEGALE Educacional (2022). Especialista em Direitos Humanos pelo CEDIN (2019) Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada; e-mail: thaifsfernandasilva.adv@gmail.com.

² Doutora e Mestre em Direito e Relações Internacionais-PPGD/UFSC. Professora do Mestrado e da Graduação em Direito da UPF. Coordenadora dos Projetos de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado e Educação em Direitos Humanos para Juventude e do Grupo de Pesquisa: "A efetividade dos Direitos Humanos no Plano Internacional: Migração e Refúgio". E-mail: patriciagn@upf.br.

³ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo Passo Fundo/RS. (2022) Extensionista no Projeto de Extensão Balcão do Migrante e Refugiado da Universidade de Passo Fundo (2021); Pós-Graduada em Direito Processual Penal e Legislação Penal pela Universidade Cândido Mendes (2019); Bacharela em Direito pela Univesc, Lages/SC (2015); Advogada. E-mail: nataliaferreira.advo@gmail.com.

by society, forming not only a graduate but a citizen willing to contribute to the improvement of the social reality they experience, using methods of self-management of learning, with independence and proactivity. Based on the analysis that, as the protagonist of the discipline, he is more engaged in the social themes proposed by the teacher. This research used the integrative discipline that seeks to raise awareness, combat and prevent discriminatory practices against the elderly, called ageism and how the development of teaching methods that aim at the student's protagonism favors the development of social awareness. The present work uses the deductive method of procedure and analysis and, as a research technique, the legal-bibliographic with support in international instruments

KEY-WORDS: Integrative discipline, Ageism, Social conscience.

INTRODUÇÃO

A disciplina integradora é uma etapa fundamental na formação universitária, principalmente porque tem a capacidade de unir a teoria e a prática ao mesmo tempo, trazendo aos acadêmicos novas vivências.

O objetivo da disciplina é de sistematizar os conhecimentos dos discentes, além de oferecer uma vivência prática-profissional, a partir da aplicação dos conhecimentos em situações reais, como foi realizado com a turma da 4ª fase de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF.

Em outras palavras, é um trabalho interdisciplinar, que propicia aos alunos um embasamento prático dos conceitos teóricos ministrados em sala de aula em torno de uma atividade única, unindo a teoria de todas as disciplinas integrantes da grade curricular.

As relações teóricas das disciplinas do curso acontecem através de uma atividade prática aplicada, sob a orientação do docente. Por esse motivo, caracteriza-se como um trabalho que articula as vivências dos estudantes às teorias do curso, ou seja: o discente adquire conhecimentos que integram teorias às expectativas do mercado de trabalho.

O presente artigo traz a análise das atividades desenvolvidas na prática, voltadas ao tema que foi abordado, sendo o ageismo, onde após exposição do conteúdo teórico didático, os discentes desenvolveram inúmeras oficinas com atividades voltadas para o público de pessoas idosas.

Do tema, várias vertentes surgiram, desde a conscientização sobre direito, formas de estreitar laços tendo como ponto de partida a utilização da tecnologia, até o alerta e dicas sobre como não cair em golpes, tudo com base em conhecimento teórico.

Para realização dos projetos desenvolvidos pelos discentes, destaca-se algumas características da disciplina que viabiliza a construção destas atividades, sendo a identificação da situação-problema

1. DISCIPLINA INTEGRADORA NA GRADE CURRICULAR ACADÊMICA

Dentro da grade curricular das universidades, as disciplinas possuem uma grande importância, isto porque possibilita aos docentes e discentes, o estudo de temáticas variadas que podem trazer benefícios para toda a comunidade, ou seja, possibilita aos sujeitos viverem na prática o conhecimento científico.

Entendendo que a disciplina integradora é uma disciplina imensamente rica no que envolve os conteúdos didáticos-pedagógicos, dando liberdade ao docente para desenvolver e despertar a curiosidade dos alunos, produzindo novos conhecimentos a partir dos já existentes.

Garantir que os discentes atuem como protagonistas em sua vida acadêmica significa que ele está assumindo maior responsabilidade por sua própria aprendizagem, bem como um papel perante a sociedade. O ponto de partida para a ideia de protagonismo é que os discentes são capazes de desenvolver uma autogestão da aprendizagem, com independência e proatividade.

Na disciplina integradora é possível identificar que o protagonismo se dá a partir da identificação de temas passíveis de averiguação experimental envolvendo organismos, processos e/ou produtos, entre outros.

E é a partir de então, da escolha do tema a ser trabalhado, que inicia a busca por abordagens experimentais para investigação do mesmo, no sentido de relacionar o tema com questões sociais cotidianas.

Após todo o estudo teórico, elabora-se e apresenta-se formalmente um projeto prático baseado em um tema identificado e em uma estratégia experimental definida, com o objetivo de trazer melhorias relacionados aa problemáticas.

A importância se dá pelo fato de que o discente como protagonista transcende as próprias atividades educacionais da universidade, pois é quando integra e une o conhecimento dos discentes a sociedade de diversas formas, trazendo benefícios ao desenvolvimento global do discente como cidadão atuante.

“O construtivismo enfatiza que (...) a aprendizagem é um processo de ‘construção de significado’. Os alunos desenvolvem seu conhecimento e compreensão para atingir níveis mais

profundos de entendimento. Isso significa que os alunos são mais capazes de analisar, avaliar e sintetizar ideias (...).

Portanto, quando o aprendizado é colocado em prática e ajuda a resolver questões cotidianas, a formação acadêmica fica mais completa. É com esse pensamento que docentes buscam promover projetos e ações que permitam a autonomia dos estudantes.

Em sala de aula os docentes de diversas disciplinas orientam os alunos sobre boas práticas de desenvolvimento, questões relacionadas ao direito e a sociedade em si. Práticas didáticas como essa demonstram que, além de uma formação conteudista, as disciplinas visam a construção de um indivíduo que tenha autonomia na resolução de problemas, deixando o discente mais próximo da realidade social.

Compreender o meio pelo qual se desenvolve a disciplina integradora e os projetos que resultam dela, é preciso se voltar para quatro vertentes:

Situação-problema: Deve partir de situações reais e do cotidiano do discente. A ideia é criar um olhar que investiga problemas do mundo e que, ao final, também possa apresentar soluções.

Prática multidisciplinar: O tema possibilita englobar e envolver disciplinas diferentes e, inclusive, promove a articulação entre áreas diferentes do conhecimento.

Integração da Teoria e Prática: uma das características centrais da disciplina integradora: combinar as teorias da sala de aula com a prática profissional.

Desenvolver senso de trabalho coletivo: desenvolve as habilidades dos discentes para trabalhar em equipe. Muitas vezes, a convivência e interação com o grupo é desafiadora, mas também agrega muitos conhecimentos.

2. QUESTÕES SOCIAIS TRABALHADAS NA DISCIPLINA INTEGRADORA: AGEÍSMO, SUSTENTABILIDADE E A ANCESTRALIDADE

Durante a pandemia muitas questões sociais foram evidenciadas, além das disparidades econômicas e o abismo social entre os mais e menos favorecidos demonstrou o quanto a humanidade ainda precisa se desenvolver como seres criados para viver/conviver em grupo. Assim, uma das questões que se destacou neste período, foi a existência de preconceito e discriminação em relação às pessoas idosas, algo que existe desde os tempos primórdios.

Para definir entender melhor a temática faz-se necessário uma análise de como passou a ser denominado essas práticas discriminatórias, o então chamando “ageismo” é um neologismo originário da língua inglesa (*ageism*), que foi criado e usado pela primeira vez em 1969 pelo

psiquiatra e gerontólogo norte-americano Robert Butler, que define-se pelo preconceito de um grupo de idade contra outros grupos de idade, ou como toda forma de estereotipia e de discriminação contra pessoas com base na idade cronológica, qual inclui atitudes preconceituosas em relação às pessoas idosas, à velhice e ao processo do envelhecimento; práticas sociais discriminativas contra os idosos e práticas/políticas institucionais que perpetuam os estereótipos contra os mais velhos.

O ageísmo pode ocasionar diversos males e sentimentos prejudiciais às pessoas idosas que sofrem ou já sofreram esse tipo de discriminação etária. Para tanto, a melhor forma de mudar esse cenário é promovendo uma conscientização social que possa mostrar aos mais jovens como adotar atitudes de respeito e civilidade com pessoas da terceira idade, sendo a universidade uma grande possibilidade de conscientizar os estudantes da importância do combate ao ageísmo.

Neste contexto, a relevância da temática esta diretamente relacionada ao aumento do percentual de pessoas idosas nos extratos populacionais que hoje é verificado e prospectado para as próximas décadas em todas as regiões do planeta, embora se produza em ritmos e proporções diferentes em cada contexto, (United Nations, 2015).

No Brasil, como em outros países em desenvolvimento, o envelhecimento da população vem se produzindo de forma mais acelerada; se em 2005 os idosos (pessoas com sessenta anos ou mais de idade) representavam 9,8% da população brasileira, em 2015 esse percentual se elevou para 14,3% da população (IBGE, 2016)

Assim, a população idosa brasileira está crescendo de forma rápida e acelerada, o que implica uma série de transformações na sociedade, em todos os aspectos, quer estejam estes relacionadas ao setor econômico, de trabalho, serviços de saúde e até mesmo na forma em que se estruturam as relações sociais e arranjos familiares (BORGES; CAMPOS; SILVA, 2015).

Em relação a isso cabe destacar o que colocam Cuddy e Fiske

O aumento da expectativa de vida promovido pelas melhorias das condições de saúde resultou no crescimento da população idosa, o que, por sua vez, levou à institucionalização da aposentadoria – fenômeno que enfraqueceu o poder de contribuição financeira dessa população. Por outro lado, os avanços tecnológicos levaram à criação de novos empregos, para os quais os idosos não estariam preparados, ficando, dessa forma, fora do mercado de trabalho. Também a urbanização fez com que os jovens saíssem de suas casas em busca de melhores condições de vida e de trabalho, o que enfraqueceu os vínculos familiares entre avós e netos, por exemplo. Por fim, com o surgimento da educação pública, estabeleceu-se socialmente uma maioria de pessoas alfabetizadas, perdendo os idosos a posição de transmissores da cultura e de sabedoria há muito sustentada. (Cuddy e Fiske, 2002)

Nesse sentido, além das questões discriminatórias, existem o isolamento da população idosa que, por vezes, deixam de passar suas experiências e vivências, implicando diretamente no enfraquecimento de culturas, como a indígenas por exemplo, eis que as pessoas idosas são

vetores culturais, sua desvalorização e isolamento implica diretamente em isolamento da cultura qual estão inseridos, promovendo a perda de costumes e tradições.

Quando falamos de ageísmo, sobre a população idosa, esquecemos dos povos indígenas idosos, que com toda certeza, sofrem ainda mais. Por muitas vezes, nas tribos não há a assistência necessária, haja vista a necessidade de incluir esses povos nos grandes centros, local completamente estranho à eles.

O direito a cultura, é um direito básico, removendo os idosos indígenas de suas tribos, eles perdem parte de quem são, e assim, aos poucos, a cultura vai silenciando.

Outro tema a ser trabalhado no cenário acadêmico, é o meio ambiente e questões de conscientização, envolvendo diretamente os discentes em práticas que possam contribuir para a sua preservação, a relevância da temática pode ser presumida, eis que afeta diretamente a expectativa de vida em um contexto mundial.

Há aproximadamente trinta anos, direitos ambientais substantivos (como o direito ao meio ambiente equilibrado, o direito à biodiversidade, ou o direito à água) e processuais (direito à informação, direito à participação) têm sido consagrados como direitos fundamentais em diversos países. (SHELTON, 2014).

No Brasil, o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi conceituado constitucionalmente como um direito fundamental de tríplice dimensão: individual, social e intergeracional. É individual, porque a preservação de um ambiente equilibrado é fundamental para uma vida sadia e digna, tanto para a presente quanto para a futura geração.

Nesse sentido, é importante destacar que o desenvolvimento de uma consciência acadêmica quanto aos direitos ambientais podem promover ações e inovações, ainda que a preocupação seja global, se cada uma em seu próprio ambiente ocupar-se de atitudes sustentáveis, certamente teríamos um meio ambiente mais saudável e equilibrado sendo preparado para as futuras gerações.

3. A DISCIPLINA INTEGRADORA: ESTUDO DE CASO PRÁTICO NA UNIVERSIDADE DE PASSO FUNDO - UPF

No viés da disciplina denominada integradora, foi escolhido como tema central: Ageísmo, preconceito contra pessoas idosas. Abarcando a temática, foi utilizado como fonte de discussão o Estatuto do Idoso Lei nº 10.741/2003, pensando ainda nos indígenas sob a perspectiva da ancestralidade.

A presente disciplina foi lecionada pela Profa. Ms. Patrícia Grazziotin Noschang, com o auxílio das Alunas mestradas, por meio do estágio docência do PPGD, com os acadêmicos do curso de direito da Faculdade de Direito na Universidade de Passo Fundo-RS.

As atividades desenvolvidas tiveram como base a metodologia abordada pela docente no sentido de incentivar o protagonismo do aluno durante os encontros, buscando abordar as práticas dos projetos de extensão que são realizadas no campus.

No período que compreendeu o segundo semestre do ano letivo, as aulas foram realizadas sempre nas sextas feiras, conforme calendário acadêmico, quando a proposta didática visou incentivar os discentes a apresentarem soluções para problemas enfrentados pelas pessoas idosas, por meio das seguintes oficinas:

- a) Elaboração de cartilhas com passo a passo para auxiliar na busca e utilização de aplicativos de transporte como o UBER.
- b) Elaboração de cartilhas com passo a passo para acesso ao site do MEU INSS: <https://meu.inss.gov.br>. visando o auxílio no controle e acesso às informações do benefício previdenciário.
- c) Montagem de material de divulgação visando a prevenção de golpes aplicados a este público principalmente em relação a empréstimos consignados não solicitados.

Para realização e prática das oficinas destacadas acima, houve a divisão de grupos, e a escolha da temática voltada para o tema, tendo o apoio e suporte da docente e as alunas do PPGD, que contribuíram com a realização dos trabalhos.

Entre outros trabalhos apresentados com o mesmo viés, foi perceptível o nível de engajamento dos alunos que se empenharam no diagnóstico dos problemas enfrentados pela população idosa e trouxeram soluções práticas e objetivas para auxiliá-los.

Desde o primeiro encontro, todo o aprendizado foi consolidado com a teoria, a discussão entre os grupos formados, a troca de experiências e a busca por informações complementares para realização da atividade.

Assim, a metodologia ativa empregada na ocasião enfatizou a importância da experiência para o aprendizado, de modo que a vivência trouxe a eficiência do que chamamos de aprender na prática.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Dentro da grade curricular das universidades, as disciplinas integrativas possuem uma grande importância, isto porque possibilita aos docentes e discentes, o estudo de temáticas variadas que podem trazer benefícios para toda comunidade, ou seja, possibilita aos sujeitos viverem na prática o conhecimento científico.

Nesse contexto, se utilizou de uma análise da disciplina integrativa voltada ao estudo das questões relacionadas à pessoa idosa e de que forma os estudantes podem contribuir para o desenvolvimento de soluções que contribuam para uma melhor qualidade de vida das pessoas idosas, envolvendo-os em processos que facilitem a sua rotina, bem como estejam inseridos no mundo digital.

Assim, os acadêmicos, jovens e adolescentes que já estão no contexto social que gozam de conhecimento e vantagem intelectual possam contribuir com aqueles que não tiveram a oportunidade de fazer o mesmo, estando em desvantagem seja pela dificuldade de locomoção, acesso às redes sociais, etc.

Dessa forma, as disciplinas integradoras que abordam temas de grande relevância social, como o ageismo, por exemplo, contribuem para uma sociedade mais justa e inclusiva.

Portanto, o que se conclui é que incentivar o protagonismo do discente por meio de estratégias de aprendizagem unindo a prática a teoria, favorece o sucesso do estudante, o que contribui inclusive para o aumento do entusiasmo por estes e engajamento com práticas ligadas aos seus cursos, principalmente na preparação para a vida em sociedade onde práticas de preconceito e discriminação precisam ser combatidas.

REFERÊNCIAS

BORGES, Gabriela Mendes; CAMPOS, Marden Barbosa de; SILVA, Luciano Gonçalves de Castro e. Transição da estrutura etária no Brasil: oportunidades e desafios para a sociedade nas próximas décadas. In: ERVATTI, Leila Regina; BORGES, Gabriel Mendes; JARDIM, Antonio de Ponte (Org). Mudança Demográfica no Brasil no início do século XXI: subsídios para as projeções da população. Rio de Janeiro: IBGE, 2015, p. 138 – 151. Disponível em: <http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv93322.pdf>. Acesso em: 26 nov 2022.

FISKE, Susan. T. Stereotyping, prejudice and discrimination. In: GILBERT, D. T.; FISKE, S. T.; LINDZEY, G. (Eds.). Handbook of Social Psychology New York: McGraw-Hill, 1999. p. 357-411. Disponível em: <https://www.researchgate.net/profile/Susan_Fiske/publication/232584255_Stereotyping_pr

[ejudice_and_discrimination/links/548b3b760cf214269f1dd2de/Stereotyping-prejudice-and-discrimination.pdf](#) . Acesso em: 26 nov. 2022.

GRAEFF, Bibiana. Mudanças Climáticas e Proteção da Pessoa Idosa. In: Solange Teles da Silva; Sandra Cureau; Marcia Leuzinger. (Org.). Mudança do Clima - Desafios jurídicos, econômicos e socioambientais. São Paulo: Fiuza, 2011.

Torres, T. L., Camargo, B. V., & Bousfield, A. B. S. (2016). Estereótipos sociais do idoso para diferentes grupos etários [Estereotipos sociales de las personas mayores para diferentes grupos de edad]. *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, 32(1).

SHELTON, Dinah. Direitos Humanos e o Meio Ambiente: Direitos Substantivos. *Revista de Direito Ambiental*, v. 19 n. 74, 2014.

Butler RN. *Why Survive? Being old in America*. New York: Harper And Row; 1975. 521 p.

DEZ ANOS DA LEI DE COTAS E EXACERBAÇÃO DO CONSERVADORISMO: UMA REANÁLISE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO CONCRETIZADORAS DA IGUALDADE MATERIAL NO ENSINO SUPERIOR

TEN YEARS OF THE QUOTA LAW AND THE EXACERBATION OF CONSERVATISM: A REANALYSIS OF AFFIRMATIVE ACTIONS AS A MEANS TO ACHIEVE MATERIAL EQUALITY IN HIGHER EDUCATION

Beatriz da Rosa Guimarães¹

Gabriely Vivian Vieira²

Idionei Oliveira Vieira³

RESUMO

O sistema escravista, embora abolido há alguns séculos, continua refletindo no cotidiano de países tais como o Brasil e os Estados Unidos. O preconceito e a discriminação racial produzem efeitos em âmbitos sociais, demandando resposta política e jurídica, de forma a assegurar a igualdade material entre as pessoas. A presente pesquisa busca identificar fatores históricos, sociais e ideológicos que culminaram na implementação de ações afirmativas no ensino superior dos países mencionados, e os motivos que levaram ao atual enfraquecimento dessas políticas, sobretudo em um momento em que se faz necessária a revisão da Lei de Cotas brasileira. Para tanto, utilizou-se dos métodos indutivo e comparativo, e da pesquisa bibliográfica para identificar e analisar as informações já disponíveis sobre esta temática. Verificou-se que as ações afirmativas enfrentam um período de instabilidade, em que o futuro é uma incógnita, tendo sua continuidade ameaçada por pensamentos conservadores e discriminatórios.

PALAVRAS-CHAVE: Ações afirmativas. Cotas raciais. Ensino superior. Igualdade. Racismo.

¹Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 100%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5844018033814489>. E-mail: biarosaguimaraess@gmail.com.br.

²Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direito pela Universidade de Passo Fundo, com bolsa UPF 50%. Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2020064169088406>. E-mail: adv.vgabriely@gmail.com.

³ Doutor em Ciências Jurídicas Pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito Civil pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Diretor do Campus Soledade/RS Universidade de Passo Fundo - Campus Soledade/RS. Advogado. Currículo Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7367381188926056>. E-mail: idionei@upf.br.

ABSTRACT

The slave system, although abolished a few centuries ago, is still reflected in the daily life of countries such as Brazil and the United States. Racial prejudice and discrimination produce effects in social spheres, demanding a political and legal response in order to ensure material equality among people. This research seeks to identify the historical, social, and ideological factors that led to the implementation of affirmative action in higher education in the aforementioned countries, and the reasons that have led to the current weakening of these policies, especially at a time when it is necessary to review the Brazilian Quotas Law. To this end, the inductive and comparative methods and bibliographical research were used to identify and analyze the information already available on the subject. It was verified that affirmative action is facing a period of instability, in which the future is uncertain, and its continuity is threatened by conservative and discriminatory thoughts.

KEYWORDS: Affirmative actions. Racial quotas. Higher education. Equality. Racism.

INTRODUÇÃO

A prática de inferiorização e escravização de pessoas a partir da raça está presente na história há muitos anos, sobretudo a partir do ápice das grandes navegações e da colonização de terras por parte dos países europeus. A desigualdade e a discriminação racial estão presentes no Brasil e nos Estados Unidos desde a chegada dos conquistadores europeus, que colonizaram ambos os países com base na dominação e escravização de negros e indígenas.

O legado da escravidão reflete nas mais diversas esferas da sociedade, incluindo a esfera jurídica e educacional. Dessa forma, na tentativa de corrigir erros históricos, países como o Brasil e os Estados Unidos optaram pelo uso de ações afirmativas, como a utilização da raça como um dos critérios de aprovação em instituições de ensino e até mesmo a implementação de cotas através de mudanças legislativas, que correspondem à separação de um percentual de vagas para alunos autodeclarados negros ou indígenas, enquanto tentativas voltadas à diminuição das desigualdades historicamente acumuladas.

Em 29 de agosto de 2022, a Lei de Cotas brasileira (Lei n.º 12.711/2012) completou dez anos de vigência e, em razão de disposição normativa dentro de seu próprio texto legal, foi estabelecido que, completado este lapso temporal de dez anos, tal legislação deve passar por revisão. Assim, o presente texto é exercitar a reflexão acerca dos fatos históricos que levaram à adoção das políticas públicas de ações afirmativas como instrumento de combate às desigualdades raciais, bem como de se analisar o atual cenário político e legislativo no que diz

respeito a essa temática, considerando as conquistas atingidas e o potencial transformador que a Lei de Cotas pode vir a ter pela frente.

A metodologia a ser utilizada será a indutiva combinada com a comparativa, sendo que a pesquisa será explicativa, analisando-se de forma crítica as informações obtidas através da análise bibliográfica, uma vez que o presente trabalho tem como principal objetivo investigar e fornecer critérios que contribuam à análise criteriosa dos fatores que culminaram na criação da Lei de Cotas Raciais no Brasil e a implementação de políticas afirmativas também nos Estados Unidos, bem como à apuração dos fatores que influenciaram o atual enfraquecimento destas políticas.

Sem a pretensão de esgotar a análise do que se propõe a discutir nas linhas de pesquisa direitos e garantias fundamentais e/ou direitos sociais e políticas públicas, tendo em vista que se trata de um debate amplo e que leva em consideração diversos aspectos, a presente na sociedade. Assim, pretende colaborar para as discussões, apontando aspectos importantes e estimulando o pensamento crítico. No primeiro tópico serão abordadas conceituações; no segundo serão apresentadas considerações históricas que refletem e influenciam a perspectiva das ações afirmativas e a mentalidade social acerca das desigualdades; por fim, no último, será tratado acerca de discussões recentes sobre políticas afirmativas, focando especialmente na questão político-ideológica.

1. ASPECTOS DA DIVERSIDADE RACIAL NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO E NORTE-AMERICANO

No dia 20 de julho de 2010, o então Presidente da República Federativa do Brasil, Luiz Inácio Lula da Silva, vulgo Lula, publicou a Lei nº 12.288/2010⁴, que instituiu o Estatuto da Igualdade Racial, alterando as Leis nº 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. Em seu artigo 1º⁵, *caput*, a legislação evidencia seu principal objetivo em “garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica”⁶.

⁴ BRASIL. **Lei nº 12.288/2010, de 20 de julho de 2010.** 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: 10 set. 2022.

⁵ Art. 1º. Esta Lei institui o Estatuto da Igualdade Racial, destinado a garantir à população negra a efetivação da igualdade de oportunidades, a defesa dos direitos étnicos individuais, coletivos e difusos e o combate à discriminação e às demais formas de intolerância étnica. Lei nº 12.288/2010, de 20 de julho de 2010.

⁶ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. 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

Para alguns, mais de trezentos anos de escravidão registrados nos livros de história e o preconceito racial contemporâneo são provas disso, enquanto para outra parcela da sociedade, está se tratando em exagero do tema, pois pensando bem, todos os cidadãos são irmãos. E, claro, nessa ótica, os postulados religiosos e o Princípio da Igualdade, disposto no *caput* do artigo 5º⁷ da Constituição Federal de 1988, são fundamentos, em tese, valorosos e suficientes a provar o referido argumento.

Quanto o assunto diversidade racial se volta ao ingresso no Ensino Superior, especialmente pelo sistema de cotas, assegurado pela Lei nº 12.711/2012⁸ de 29 de agosto de 2012, importante discussão contemporânea surge sob perspectiva fática e jurídica. Isso porque no dia 29 de agosto de 2022, tal legislação completou dez anos de existência. E, conforme seu artigo 7º⁹ após este período, o programa especial deve ser revisto no tocante ao ingresso de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Segundo o artigo 1º¹⁰ da Lei de Cotas, as instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas. O parágrafo único¹¹ por sua vez, estabelece que no preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Nos Estados Unidos da América, os candidatos às vagas em universidades passam por análise tanto subjetiva como objetiva. Não é um critério exclusivo. Isto ocorre desde o caso Allan

igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2022..

⁷ 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. BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁸ 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/l12711.htm>. Acesso em: 20 set. 2022.

⁹ **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Art. 7º. No prazo de dez anos a contar da data de publicação desta Lei, será promovida a revisão do programa especial para o acesso às instituições de educação superior de estudantes pretos, pardos e indígenas e de pessoas com deficiência, bem como daqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas

¹⁰ **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Art. 1º. As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

¹¹ **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012**. Parágrafo Único. No preenchimento das vagas de que trata o *caput* deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.

Bakke¹² que será exposto no próximo tópico. Para fins de breve contextualização, atenta-se que na conjuntura norte-americana, a existência desta ação pioneira, resultou em debates sensíveis para uma sociedade com pensamento racista. De acordo com Pritsch, majoritariamente, as universidades do país “[...] adotam a raça como fator, em geral, observando: limitação no tempo da política afirmativa, com revisão periódica; exame individualizado dos candidatos [...]”, também não consideram [...] pontuação adicional fixa para minorias, nem cotas rígidas ou consideração de raça como fator determinante; e não prejuízo indevido a não integrantes de minorias”.¹³

Alguns estados, como Califórnia, Washington, Michigan, Nebraska, Arizona, Oklahoma, Flórida e New Hampshire, vem, inclusive, buscando adotar sistemas de admissão desconexos da pauta diversidade racial, numa posição de neutralidade. Dentre as formas adotadas destaca-se a admissão automática dos melhores alunos do ensino público, renda familiar, ser pertencente à família monoparental, perfil da residência, escolaridade dos pais e dificuldades socioeconômicas. Além dos fomentos, como facilitação de financiamento estudantil, seleção de candidatos qualificados economicamente hipossuficientes e filhos de ex-alunos, a fim de incentivar o perfil demográfico.¹⁴

Sinala-se que a Universidade de Harvard, localizada na cidade de Cambridge, estado de Massachusetts, vem adotando postura mais ampla e inclusiva. Recentemente, o presidente da Instituição, Lawrence Bacow, confrontou a Suprema Corte, que está tentando reformular as ações afirmativas de diversidade racial, para excluí-las dos processos de admissão. Para ele, decisão desfavorável ao entendimento consolidado põe em risco quarenta anos de precedentes que concedem as universidades autonomia para definir seus critérios de admissão. Também, deixa de assegurar um corpo discente diverso, essencial para aprendizagem.¹⁵

De qualquer maneira, o cenário norte-americano se aproxima mais da igualdade formal, em analogia ao direito constitucional brasileiro. À luz do *caput* do artigo 5º, da Constituição Federal de 1988, todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. Assim, embora, haja o critério socioeconômico, ainda sim a questão racial não é um fator legitimador na seleção. Contudo, destoa ao seguir um sentido subjetivo- objetivo, que mais segrega que o

¹² PRITSCH, Cesar Zucatti. **Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na suprema corte americana**, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral.

¹³ PRITSCH, Cesar Zucatti. **Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na suprema corte americana**, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral.

¹⁴ PRITSCH, Cesar Zucatti. **Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na suprema corte americana**, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral.

¹⁵ HARVARD ADMISSIONS LAWSUIT. **Scotus Statement from President Bacow. Findings of Fact and Conclusions of Law**. Published on January 24, 2022. Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/harvard-reage-a-decisao-de-rever-cotas-raciais-em-> universidades. Acesso em: 05 out. 2022.

sentido puramente objetivo do Brasil, cujos os requisitos delimitadores incluem tanto o fator etnia como renda.

Para Ronald Dworkin¹⁶ a política de ações afirmativas visa “aumentar a matrícula de estudantes negros e de outras minorias admitindo que o critério racial conte afirmativamente como parte das razões para admiti-lo”. O raciocínio do autor é acertado e inclusivo, pois efetivamente assegura que estudantes pretos, pardos, indígenas e outros, tenham acesso à educação superior. Ainda que o critério renda seja imprescindível na análise de implementação de ações afirmativas, não pode ser único.

As ações afirmativas atuam como forma de garantia da discriminação positiva, isto é, numa ideia de igualdade material buscam meios compensatórios para concretizar políticas públicas ou privadas de redução das desigualdades. Distintamente da discriminação negativa, que segrega. Dessa forma, o sistema de cotas brasileiro e as ações afirmativas norte-americanas, ainda que não ideais, são maneiras de promover a discriminação positiva. Neste entender, legítima e fundamental para uma sociedade equitativa.

2. A QUESTÃO RACIAL E AS AÇÕES AFIRMATIVAS SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRIA: BRASIL E ESTADOS UNIDOS

Com base numa investigação histórica, percebe-se que a maneira como países europeus colonizaram outros países foi determinante para a construção e desenvolvimento de países da América, como o Brasil e os Estados Unidos. O elemento principal de dominação dos conquistadores sobre os conquistados era a raça.

De maneira sucinta, todos aqueles povos (os nativos e os trazidos da África) foram reduzidos à servidão/escravidão e a uma única identidade: índios e negros, respectivamente, tendo sua singularidade apagada¹⁷. Desse modo, mesmo após a aprovação da décima terceira emenda constitucional, que aboliu a escravidão em todo o território americano, os negros não eram propriamente livres. Nos anos 60, principalmente após o caso Rosa Park, que gerou intensos boicotes por parte da comunidade negra, e sob a influência de líderes como Martin Luther King Jr. e Malcolm X, os protestos negros e as reivindicações por direitos civis se intensificaram, alcançando projeção nacional e incluindo a questão racial na agenda do país.¹⁸

¹⁶ DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 438.

¹⁷ QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina. In: **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-138.

¹⁸ MOEHLECKE, Sabrina. **Fronteiras da igualdade no ensino superior: direito ou privilégio?** p. 83. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07012005-00851/publico/teseSabrinaMoehlecke.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022

Assim, o poder público deu início a uma postura mais ativa quanto à promoção da igualdade na esfera racial e, em 1964, um novo *Civil Rights Act* foi aprovado pelo Congresso americano, que possibilitou a dessegregação, proibindo a discriminação com base na raça, cor, credo, sexo ou nacionalidade de origem, e incentivou a aplicação de programas de ação afirmativa pelo governo federal, que, conforme já foi abordado, pressupõe a adoção de uma ação positiva para superar os impactos da discriminação e da exclusão/segregação.¹⁹

O ensino superior foi uma das principais áreas onde foram implementadas políticas e programas de ação afirmativa e, na segunda metade do século XX, desenvolveu-se uma ideia de “acesso universal” ao ensino superior, o que não significou que todos passaram a ter acesso, mas que foram aumentadas as oportunidades. Em 1977, aumentou as exigências em testes acadêmicos, mas, ao mesmo tempo, passou a considerar as dificuldades econômicas e raciais enfrentadas pelos estudantes no peso atribuído²⁰.

Nesse cenário, o caso Bakke, embora tenha acontecido há anos, necessita ser brevemente apresentado por ser um marco e referência na definição daquilo que era ou não permitido nos programas de ação afirmativa empregues pelas instituições de ensino superior, além de representar as polêmicas concernentes às mudanças nos critérios de admissão.

Allan Bakke se sentiu prejudicado pela Universidade da Califórnia em razão da política de admissões especiais adotada, que o teria privado de seus direitos constitucionais, e instaurou um processo alegando que houve discriminação reversa ao adotar sistemas de admissão distintos e que, na conduta governamental, não podem existir espaços para preconceitos, tanto em se tratando de uma discriminação negativa quanto de uma discriminação positiva, especialmente diante de um programa custeado pelo dinheiro público.²¹

Opositores das políticas públicas, como Bakke, entendiam que o programa de ações afirmativas fundamentado na questão racial configuraria uma discriminação racial contra a população branca e, assim, fomentaria o problema da intolerância racial e acabaria por reforçar o racismo. Já defensores da ação afirmativa, como Ronald Dworkin²², entendiam que a raça poderia ser utilizada como critério de ingresso se isso ocorresse para reparar a desvantagem sofrida por determinado grupo em razão da discriminação racial.

¹⁹ MOEHLECKE, Sabrina. **Fronteiras da igualdade no ensino superior: direito ou privilégio?** p.84.

²⁰ MOEHLECKE, Sabrina. **Fronteiras da igualdade no ensino superior: direito ou privilégio?** p.84.

²¹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**. Tradução: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 437-452.

²² DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios**., p. 437-452.

Em 1978, a Suprema Corte Norte-Americana estabeleceu que o sistema de ingresso adotado pela Universidade da Califórnia, que se baseava em cotas rígidas, era ilegal; sendo, no entanto, permitido a admissão de alunos com base no critério racial, desde que esse não fosse o único critério utilizado, devendo haver a combinação com outros critérios de seleção, como se verificava no programa utilizado pela Universidade de Harvard, que, diferentemente do que se discute no presente, era considerado um dos modelos aceitáveis de programa de ação afirmativa.²³

Trazendo a perspectiva de Gilberto Freyre de forma concisa, enfatiza-se algumas características hegemônicas das relações raciais no Brasil, consubstanciadas pelo mito da democracia racial. Ele analisa a constituição do povo brasileiro a partir da composição étnica cultural do branco, do negro e do índio. Afirma-se que o clima tropical contribuiu para a procriação da população no Brasil enquanto colônia, o que levou à falsa ideia de que a miscigenação deu certo no Brasil e promoveu uma certa acomodação racial sob as bases da miscigenação, o que serviria como solução para a individualização e nacionalização da sociedade.²⁴

Assim, a colonização portuguesa viabilizou, através do sistema escravista, a miscigenação responsável pela combinação das raças e pela formação do povo brasileiro. Isso fez com que o conflito racial no Brasil e as tensões sociais resultantes preconceito fossem legitimadas e ficassem protegidas sob o manto da falsa democracia racial. Através desta há a naturalização da desigualdade, criando resistências ideológicas e políticas, uma vez que a população passa a crer que o Brasil é um país sem preconceitos, onde há uma convivência harmoniosa e igualitária entre índios, brancos e negros, o que promove uma mentalidade de negação das desigualdades.

Abordando-se alguns dos principais marcos históricos, os anos 90 trouxeram novas mudanças, tendo esse período caracterizado uma maior proximidade do Movimento Negro com o Poder Público, uma vez que foi empenhado mais esforço para propor políticas públicas efetivas para os negros. Concernente às ações afirmativas no ensino, através do sistema de cotas, atribui-se destaque a elas no início dos anos 2000, tendo sido a Universidade de Brasília (UnB) a primeira universidade federal a adotar cotas para negros e índios.²⁵

²³ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípios.**, p. 453-469.

²⁴ CONRADO, Mônica Prates. **A questão racial no Brasil sob a perspectiva de Gilberto Freyre e Florestan Fernandes.** Disponível em: https://www.academia.edu/40505940/A_Questão_Racial_No_Brasil_Sob_A_Perspectiva_De_Gilberto_Freyre_E_Florestan_Fernandes?From=Cover_Page. Acesso em: 07 out. 2022.

²⁵ FERREIRA, André; SILVA, Luís Felipe Oliveira Alves. **Neoliberalismo e a reprodução de práticas discursivas anti-cotas nos grupos historicamente discriminados: uma análise crítica.** Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/10559/8005>. Acesso em: 06 out. 2022.

Assim como ocorreu com a Universidade da Califórnia, foi movida ação em face da Suprema Corte nacional, contra a prática adotada pela UnB de reservar um percentual de vagas para acesso ao ensino superior a candidatos negros e indígenas. Requereu-se a declaração de inconstitucionalidade desta política sob o fundamento de que se ofenderia os princípios da isonomia e da meritocracia, de maneira a provocar mais desigualdade e segregação. A principal polêmica era, e pode-se dizer que ainda é, a questão de a adoção de políticas de ação afirmativa caracterizar a garantia de um direito ou o estabelecimento de um privilégio.

Para os que entendem a ação afirmativa como um direito, ela estaria de acordo com os preceitos constitucionais por ter o objetivo de corrigir uma situação de desigualdade, assegurando uma igualdade de fato e não fictícia, o que não corresponde a uma discriminação. Ela não seria contrária a uma ideia de mérito individual, uma vez que tem como intenção fazer com que negros e indígenas possam efetivamente existir dentro da sociedade.²⁶

Questionou-se se “o modelo jurídico-constitucional de Estado adotado pela Constituição Federal de 1988 legitima a adoção de políticas públicas tendentes a conceder benefícios a minorias sociais vítimas de processo histórico de exclusão? E, em caso afirmativo, a política das cotas raciais para o ingresso no ensino superior estaria albergada no atual panorama constitucional?” e, conforme decisão unânime do Supremo Tribunal Federal na ADPF 186/DF, tal ação foi julgada improcedente, tendo o Tribunal corroborado a obrigação constitucional do poder público de instituir mecanismo de distribuição de oportunidades iguais aos excluídos, a fim de corrigir aspectos históricos que ocasionam diferenças econômicas, sociais e culturais entre os cidadãos.²⁷

O sistema de cotas é regulamentado a nível federal através da Lei n.º 12.711 de 2012. Considerando a questão racial, a lei é voltada para estudantes da rede pública em instituições federais de ensino superior, com separação de vagas para candidatos de baixa renda, e autodeclarados pretos, pardos e indígenas (BRASIL. Lei n.º 12.711, de 29 de agosto de 2012) O entendimento do Supremo Tribunal Federal foi um avanço que buscou garantir sobretudo a igualdade do ponto de vista material, que, de acordo com o que já foi abordado no tópico anterior, leva em consideração as desigualdades concretas da sociedade.

Apesar disso, pode-se observar que, principalmente em razão da sobrevivência dos dez anos da Lei de Cotas e da necessidade de revisão legislativa, existe um importante debate envolvendo as ações afirmativas através de cotas raciais que, mesmo depois de anos de vigência, estão sendo reavaliadas e até criticadas através de projetos que propõem extinguir o critério racial de reserva de

²⁶ MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil.** Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/NcPqxNQ6DmmQ6c8h4ngfMVx/?lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2022

²⁷ RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. **O Estado na promoção da igualdade material:** a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p131.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

vagas em instituições de ensino, apontando para a possibilidade de retrocesso legislativo muito mais do que para o aperfeiçoamento dessas políticas afirmativas.

3.CASO HARVARD E O PROJETO DE LEI Nº 1531/2019

No fim do século XX, a democracia inspirava mudança no cenário mundial. Mas, a crise do mercado de capitais (2007-2008) ocasionou a ampliação de partidos de direita e extrema direita, inclusive, de grupos antissistemas²⁸.

Dentre governos em destaque, cita-se o de Donald Trump nos Estados Unidos, de Rodrigo Duterte nas Filipinas, de Jair Messias Bolsonaro no Brasil, de Victor Orban na Hungria, de Narendra Modi na Índia, e do PIS na Polônia. Também, o fomento aos partidos *True Finish* na Finlândia, a *Alternative fur Deutschland* na Alemanha, o *Rassemblement National* na França e a *Aurora Dourada* na Grécia²⁹.

Nas eleições presidenciais de 2018, o Presidente da República Jair Bolsonaro, do então Partido Social Liberal (PSL), conseguiu a vitória. Destaca-se que até aquele momento seu partido tinha irrisória participação no cenário político³⁰. Para lograr êxito, ele e sua equipe adotaram “[...] discurso extremista, anticomunista e ultraconservador, diante da estupefação da comunidade internacional e da perplexidade de não poucos brasileiros [...]”³¹.

Frisa-se que no tocante aos sistemas de cotas, a Lei nº 12.711/2012 foi promulgada pela ex-Presidente da República Dilma Rousseff, correlegionária do Partido dos Trabalhadores (PT), assim como Lula. Salienta-se que ele foi o presidente eleito nas eleições 2022, e publicou o Estatuto da Igualdade Racial na sua gestão 2006-2010.

De imediato, constata-se que as propostas de Lula para seu novo governo, com início em 2023, coadunam com a manutenção do sistema de cotas, tanto que expressamente foram mencionas no plano de governo³²: “39. Asseguraremos a continuidade da política de cotas sociais e raciais na educação superior e nos concursos públicos federais, bem como sua ampliação para outras políticas públicas.” Enquanto, Jair Bolsonaro não apresentou nenhuma

²⁸ Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”. v. 15 n.2 (2021). **REVISTA DEBATES**. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/rt/captureCite/242890/34413>. Acesso em: 22 set. 2022.

²⁹ Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”. v. 15 n.2 (2021). **Revista Debates**.

³⁰ Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”. v. 15 n.2 (2021). **Revista Debates**.

³¹ Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”. v. 15 n.2 (2021). **Revista Debates**.

³² TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. Diretrizes para o programa de reconstrução e transformação do Brasil. Lula Alckimin 2023-2026. **Coligação Brasil da Esperança**. Disponível em: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2022/BR/BR/544/candidatos/893498/5_1659820284477.pdf. Acesso em: 5 out. 2022.

proposta nesse sentido. Sinal que a renovação da política conservadora demonstrava perigo na garantia das ações afirmativas de diversidade racial.

O Projeto de Lei n.º 1531, de 19 de março de 2019³³, de autoria da Deputada Federal Professora Dayane Pimentel, filiada ao Partido União Brasil, conhecido por ser centro-direita a direita, propõe o fim de subcotas para estudantes autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, egressos de escola pública e com renda familiar *per capita* até 1,5 salário-mínimo. Para justificar o projeto, a parlamentar cita o artigo 3.º³⁴, *caput* e IV, da Constituição Federal de 1988, no intuito de esclarecer que constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Deputada Federal, ciente do artigo 7.º da Lei de Cotas e a revisão da legislação após dez anos, enfatiza que tal subdivide os brasileiros. Na sua percepção, “[...] se os brasileiros devem ser tratados com igualdade jurídica, pretos, pardos e indígenas não deveriam ser destinatários de políticas públicas que criam, artificialmente, divisões entre brasileiros [...]”, além disso, a referida Lei teria “[...] potencialidade de criar indevidamente conflitos sociais desnecessários [...]”³⁵. Note-se que a ideia proposta é a aplicação pura e simples do *caput* do artigo 5º da Carta Magna, ou seja, a igualdade formal.

Na mesma linha do raciocínio da parlamentar, recorda-se o caso Bakke, o qual, denota nos processos seletivos não possa haver preconceitos. De acordo com Campos³⁶, na análise da situação do norte-americano, “se os impostos são recolhidos por negros e brancos, também devem ser aplicados indistintamente.” Outrossim, “[...] não [admite-se] o financiamento pelo Estado de instituições separadas; uma espécie de continuidade da ideia [sic] dos “separados, mas iguais” [...]”³⁷. Da mesma maneira, o Partido Democratas ao protocolar a ADPF/186 junto ao Supremo Tribunal Federal, no ano de 2012, sustentando que a política de cotas racialmente

³³ BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 1531, de 19 de março de 2019.** Altera os arts. 3º, 5º e 7º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para retirar o mecanismo de subcotas raciais para ingresso nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194298>. Acesso em: 05 out. 2022.

³⁴ BRASIL. **Constituição (1988).** *Constituição da República Federativa do Brasil*. Art.3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Inciso IV. promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

³⁵ BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 1531, de 19 de março de 2019.** Altera os arts. 3º, 5º e 7º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para retirar o mecanismo de subcotas raciais para ingresso nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio. Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194298>. Acesso em: 5 out. 2022.

³⁶ UNIBRASIL. **Universidade da Califórnia versus Allan Bakke: a discriminação reversa e a democracia inclusiva no Brasil.** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curitiba, 13: 214-232 vol.1 ISSN 1678 – 2933. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2691>. Acesso em: 5 out. 2022.

³⁷ UNIBRASIL. **Universidade da Califórnia versus Allan Bakke: a discriminação reversa e a democracia inclusiva no Brasil.** Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais.

orientada da UnB violava preceitos fundamentais da Constituição Brasileira, foi fundamento antecessor para o referido Projeto de Lei.

Este pensamento de igualdade formal enraizado na sociedade, mas sem utilidade real, destoa do pensamento de Dworkin, que defende que programas de ações afirmativas utilizem “critérios racialmente explícitos”, aumentando imediatamente a quantidade de dadas raças em profissões, e que no futuro diminuirão a importância da raça na vida social e profissional³⁸. Por isso, Dworkin³⁹ defende a discriminação inversa. Em sua análise, as ações afirmativas representam propostas que visam a diversidade no corpo discente, reconhecendo que “[...] a diversidade racial é tão importante quanto a diversidade geográfica ou a diversidade de talentos extracurriculares e ambições de carreira [...]”⁴⁰.

Nos Estados Unidos, a Suprema Corte de 2022, já demonstra que se posiciona contra as ações afirmativas de diversidade racial. Tanto que julgará, entre junho e outubro de 2023, o pedido de um ativista nesse sentido, proposto em 2014. A ação advém do grupo *Students for Fair Admissions*, liderada pelo conservador Edward Blum, que acusa Harvard e a Universidade da Califórnia de disseminarem preconceito contra asiáticos e brancos nos processos seletivos às vagas na graduação.

Enquanto, a Universidade da Califórnia não apresentou manifestação formal, Harvard mostrou-se convicta em sua decisão: Para a Instituição, assegurar ações afirmativas de diversidade racial é ter um ambiente de ensino plural, com a aprendizagem enriquecida. É permitir que quarenta anos de precedentes não sejam absorvidos pelo conservadorismo. Os ideais de Ronald Dworkin mostram a solução adequada de um imediatismo benéfico a um futuro próximo.

Portanto, o Brasil deve realizar a revisão da Lei de Cotas, sem prejudicar os direitos já conquistados. Acredita-se que a reanálise de Lula e sua equipe será condizente com a Lei de Cotas e o Estatuto da Igualdade Racial. Mas, aguarda-se as ações do Congresso Nacional, que será composto majoritariamente por correligionários de direita e extrema-direita entre 2023 e 2026. Nesse sentido, estes deverão ser provocados a refletir os postulados de igualdade formal e material, bem como ações afirmativas, a fim de decidirem acertadamente em prol do direito do acesso à educação de Ensino Superior de pretos, pardos e indígenas.

Enquanto os Estados Unidos precisam se atentar a reivindicação da Universidade de Harvard e barrar um eventual entendimento predatório nas ações afirmativas por parte da

³⁸ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 439.

³⁹ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 458.

⁴⁰ DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 458.

Suprema Corte. Por fim, o direito comparado entre os dois países mostra-se um excelente parâmetro, para que a realidade do outro sirva como exemplo do que ordenamento pátrio deve ou não aplicar em seu plano fático e jurídico acerca da temática proposta.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa teve como escopo contribuir para a discussão das medidas tomadas para combater às desigualdades materiais, a partir da análise de fatos e circunstâncias que levaram à implementação de políticas afirmativas pelo Brasil e pelos Estados Unidos. A temática sobre políticas afirmativas, portanto, permanece como um elemento que simboliza a polarização entre ideologias opostas e escancara preconceitos estruturantes da sociedade.

No Brasil, a direita, caracterizada por uma postura mais conservadora, tende a apresentar posicionamento predominantemente contrário à continuidade das políticas afirmativas pertinentes às questões raciais, o que coloca em risco os avanços legislativos até então alcançados e demonstra que 10 anos de Lei de Cotas não foram suficientes, porque o problema é bem mais profundo, penetrado na formação histórica do país e na mentalidade do povo desde a colonização.

Evidente se mostra que o Direito em ambos os países pode sofrer profunda reinvenção a partir de mudanças sociais, políticas e ideológicas. Essas alterações legislativas e jurisprudenciais, caso ocorram, poderão significar retrocessos quanto à proteção de pessoas historicamente marginalizadas. Assim, no âmbito legislativo, por ora, não há vencedores, permanecendo a incerteza quanto ao futuro das ações afirmativas e das cotas no ensino superior, o que, por si só, já caracteriza uma involução em todos os aspectos.

A conclusão é a de que se vive atualmente, tanto no Brasil quanto nos Estados Unidos, um momento em que são esperados retrocessos na área social e que o futuro das ações afirmativas é uma incógnita, havendo absoluta necessidade de debates visando dar destaque e permanência a estas políticas. Por fim, é também crucial que se busque olhar para os países da América fora da perspectiva eurocêntrica, mas de forma que se analise criticamente o modo como se deu a sua formação e a herança deste período.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.288/2010, de 20 de julho de 2010.** 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: 10 set. 2022.

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/l12711.htm. Acesso em: 20 set. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei nº 1531, de 19 de março de 2019.** Altera os arts. 3º, 5º e 7º da Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para retirar o mecanismo de subcotas raciais para ingresso nas instituições federais de ensino superior e de ensino técnico de nível médio.

Câmara dos Deputados, 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2194298>. Acesso em: 05 out. 2022.

CONRADO, Mônica Prates. **A questão racial no Brasil sob a perspectiva de Gilberto Freyre e Florestan Fernandes.** Disponível em: https://www.academia.edu/40505940/A_Questão_Racial_No_Brasil_Sob_A_Perspectiva_De_Gilberto_Freyre_E_Florestan_Fernandes?From=Cover_Page. Acesso em: 07 out. 2022.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Tradução: Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

FERREIRA, André; SILVA, Luís Felipe Oliveira Alves. **Neoliberalismo e a reprodução de práticas discursivas anti-cotas nos grupos historicamente discriminados:** uma análise crítica. Disponível em: <https://periodicoscientificos.ufmt.br/ojs/index.php/res/article/view/10559/8005>. Acesso em: 06 out. 2022.

FOLHA DE SÃO PAULO. **Suprema Corte dos EUA vai discutir ações afirmativas raciais em universidades.** São Paulo. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2022/01/suprema-corte-dos-eua-vai-discutir-acoes-afirmativas-raciais-no-ensino-superior.shtml>. Acesso em: 05 out. 2022.

GOOGLE. **De TSE através de Reuters.** Primeira onda. Resultados das eleições presidenciais em Brasil de 2022. Disponível em: <https://www.google.com/search?q=lula+e+bolsonaro&oq=lula+e+bolso&aqs=chrome.0.0i512j69i57j0i512l2j69i60.2004j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8>. Acesso em: 10 out. 2022.

HARVARD ADMISSIONS LAWSUIT. **Scotus Statement from President Bacow. Findings of Fact and Conclusions of Law.** Disponível em: <https://www.poder360.com.br/internacional/harvard-reage-a-decisao-de-rever-cotas-raciais-em-universidades>. Acesso em: 05 out. 2022.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa:** História e debates no Brasil. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/NcPqxNQ6DmmQ6c8h4ngfMVx/?lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2022.

PRITSCH, Cesar Zucatti. **Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na suprema corte americana, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral.** São Paulo: Revista dos Tribunais. v. 111, n. 135, p. 75-103. Disponível em <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/197589>. Acesso em: 15 set. 2022.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina.** In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino- americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-138.

REVISTA DEBATES. **Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”.** Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/rt/captureCite/242890/34413>>. Acesso em: 22 set. 2022.

RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. **O Estado na promoção da igualdade material:** a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p131.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Diretrizes para o programa de reconstrução e transformação do Brasil. Lula Alckimin 2023-2026.** Coligação Brasil da Esperança. Disponível em: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2022/BR/BR/544/candidatos/893498/5_1659820284477.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

UNIBRASIL. **Universidade da Califórnia versus Allan Bakke: a discriminação reversa e a democracia inclusiva no Brasil.** Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2691>. Acesso em: 05 out. 2022.

HARVARD ADMISSIONS LAWSUIT. **Scotus Statement from President Bacow. Findings of Fact and Conclusions of Law.** Disponível em:

<https://www.poder360.com.br/internacional/harvard-reage-a-decisao-de-rever-cotas-raciais-em-universidades>. Acesso em: 05 out. 2022.

MOEHLECKE, Sabrina. **Ação afirmativa: História e debates no Brasil**. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/NcPqxNQ6DmmQ6c8h4ngfMVx/?lang=pt>. Acesso em: 18 set. 2022.

USP. **Fronteiras da igualdade no ensino superior: direito ou privilégio?**. Disponível em: <https://teses.usp.br/teses/disponiveis/48/48134/tde-07012005-100851/publico/teseSabrinaMoehlecke.pdf>. Acesso em: 17 set. 2022.

PRITSCH, Cesar Zucatti. Um olhar sobre o sistema de cotas no ensino superior brasileiro a partir do direito comparado: evolução na suprema corte americana, a ADPF 186/DF e o tema 203 da repercussão geral. São Paulo: **Revista dos Tribunais**. v. 111, n. 135, p. 75-103. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/197589>. Acesso em: 15 set. 2022.

QUIJANO, Anibal. **Colonialidade do poder, Eurocentrismo e América Latina**. In: A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005. p. 117-138.

REVISTA DEBATES. **Dossiê “O avanço da extrema direita na América Latina e na Europa”**. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/politica hoje/rt/captureCite/242890/34413>>. Acesso em: 22 set. 2022.

RODOVALHO, Thiago; SIMÃO, José Luiz de Almeida. **O Estado na promoção da igualdade material: a constitucionalidade das cotas raciais como critério para ingresso no Ensino Superior – ADPF 186/DF**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/51/202/ril_v51_n202_p131.pdf. Acesso em: 18 set. 2022.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Diretrizes para o programa de reconstrução e transformação do Brasil. Lula Alckimin 2023-2026**. Coligação Brasil da Esperança Disponível em: https://divulgacandcontas.tse.jus.br/candidaturas/oficial/2022/BR/BR/544/candidatos/893498/5_1659820284477.pdf. Acesso em: 05 out. 2022.

UNIBRASIL. **Universidade da Califórnia versus Allan Bakke: a discriminação reversa e a democracia inclusiva no Brasil**. Curitiba: Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais. Disponível em: <https://portaldeperiodicos.unibrasil.com.br/index.php/cadernosdireito/article/view/2691>. Acesso em: 05 out. 2022

O ENCARCERAMENTO BRASILEIRO NA ATUALIDADE E O MÉTODO APAC COMO MEIO DE ATINGIR A RESSOCIALIZAÇÃO

Laura Marschall Morgenstern¹

Francielle Benini Agne Tybusch²

RESUMO

O sistema penitenciário brasileiro comum exerce sua finalidade corretiva? Existe algum meio para a tratativa dos apenados que seja mais eficaz com relação aos índices de reincidência? O presente artigo busca demonstrar como alternativa para o cumprimento da pena a Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). Um método inovador e que busca cumprir a função ressocializadora da pena, esta instituição criada por Mario Ottoboni foi estudado e apresentada na presente pesquisa, como um caminho possível para a reinserção social. Como método de abordagem utilizou-se o dedutivo e a pesquisa bibliográfica.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema carcerário. Punição. Ressocialização;

INTRODUÇÃO

Nos dias de hoje, vive-se um quadro nacional onde o medo da sociedade não é uma ilusão e nem fruto de manipulação midiática. As taxas de criminalidade e a intensa violência crescem diariamente, resultados da falta de assistência que deveria ser proporcionada pelo Estado Democrático de Direito. Os cidadãos que estão à margem da sociedade são esquecidos, e permanecem sem acesso aos benefícios mais elementares proporcionados pelo Estado. Em outras palavras, um segmento expressivo da população brasileira, a carcerária, segue esquecida e submetida a tirania dos grupos criminosos e do próprio Estado.

A combinação de desemprego e fome, que se agravaram no contexto da pandemia do Covid-19, pode ser um dos fatores do crescimento expressivo da população carcerária nesse período. Fato que acentua ainda mais o problema da superlotação nos presídios e consequentemente, mais direitos humanos e fundamentais são violados.

Diante dessa problemática, no Brasil, o sistema prisional comum cumpre sua função ressocializadora? Este trabalho busca demonstrar a metodologia da Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC). O método surgiu como uma alternativa viável na redução

¹Acadêmica do décimo semestre do curso de Direito da Universidade Franciscana. E-mail: lauramarschallm@gmail.com

² Professora Doutora do Curso de Direito da Universidade Franciscana. E-mail: francielleagne@gmail.com.

da violência que atinge os encarcerados, com o intuito de proporcionar a possibilidade de cumprirem sua pena de acordo com a finalidade punitiva e recuperativa do condenado.

A presente pesquisa foi realizada com o método de abordagem dedutivo, tendo em vista que iniciou em premissas gerais para premissas específicas. O estudo foi realizado mediante pesquisa bibliográfica, assim buscando bibliografias referentes à temática em pauta, tal como livros e artigos científicos. Principalmente utilizou-se como referência o livro: “Vamos matar o criminoso? Método APAC” de Mario Ottoboni.

1.A APAC (ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS) COMO UM OUTRO CAMINHO POSSÍVEL PARA A REINSERÇÃO SOCIAL

O método APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados, fundada em 1972 pelo advogado e jornalista Mário Ottoboni, a primeira unidade foi implantada no ano de 1974, na cidade de São José dos Campos, no Estado de São Paulo. A sigla APAC também foi conhecida inicialmente por: “Amando ao Próximo Amarás a Cristo”, criada com fundamentos cristãos, baseado no amor ao próximo e na religiosidade. Com o propósito de garantir melhores condições de vida do preso e melhorar sistema prisional, que auxilia diretamente no processo de reabilitação do preso, Mário Ottoboni sugeriu uma reflexão acerca da metodologia adotada pelo Estado:

Nos melhores estabelecimentos penais, profissionalizam o preso e lhe dão trabalho, mas o homem acaba esquecido. Ao final da pena, retorna ao nosso convívio um delinquente com uma profissão, sem nenhuma fonte de referência exceto a própria polícia. Se não houve, durante o cumprimento da pena, nenhum respeito à integridade física e moral do sentenciado, que foi subjugado, submetido à degradante condição de vida, em ambiente inseguro, fétido, com pouca ou nenhuma assistência que lhe pudesse fazer vislumbrar nova perspectiva de vida, ele acaba cumprindo a pena como vítima. O futuro que o aguarda é a reincidência, na maioria das vezes, como forma de sobrevivência. (OTTOBONI, 2001, p. 48.)

Após muitos estudos em torno do método, observou-se a necessidade de dispor sua função como órgão auxilia da justiça, para que possa ter respaldo do Poder Judiciário e contar com o apoio do juiz competente na comarca de atuação. A importância do método, consiste no fato de que a APAC passa a ser respeitada pelo organismo policial para bem desempenhar suas atividades, uma vez que os maiores entraves para esse trabalho de recuperação do preso, são encontrados na área da segurança, pois, erroneamente, seus agentes acreditam que estão “protegendo bandidos”. Esse argumento também é visto na sociedade em geral, por isso, sem o apoio jurídico, dificilmente se daria continuidade à sua missão (OTTOBONI, 2001).

Além disso, em matéria de execução de pena, a sociedade fica condicionada a uma visão distorcida da realidade, satisfazendo-se com as ações repressivas do Estado, que se preocupa em construir presídios e criar leis que evitam prisões ou concedam benefícios. (OTTOBONI,

2001). As leis que alteram o ordenamento jurídico na esfera penal e criam execuções criminais, podem ser da melhor técnica, porém não resolvem a questão central do sistema. Nas palavras de Mário Ottoboni:

Enquanto o Estado não apoiar a única fórmula existente capaz de produzir e que se consubstancia na participação da comunidade, por intermédio de entidades organizadas juridicamente, e descentralizar presídios, fazendo com que cada comunidade assuma sua população prisional, nenhum fruto será colhido, por melhor que seja a legislação. O Brasil foi descoberto há 500 anos e, ao longo desse tempo, pouco ou quase nada se fez para melhorar as condições essenciais do cumprimento de pena, e a mentalidade da segurança é praticamente a mesma (OTTOBONI, 2001 p. 35).

Apesar do Brasil nunca ter concretizado o paradigma da reabilitação, este é até hoje invocado como princípio norteador da execução penal (BRAGA, 2012, p. 22). A diferença entre o presídio comum e o sistema da APAC, além do fato de os recuperandos serem corresponsáveis pela execução da pena e pela segurança do estabelecimento, mas, sim, o fato de que, durante todo o processo de recuperação, é garantido ao preso assistência espiritual, médica, psicológica e jurídica e a presença participativa da comunidade e da família. É por meio da aplicação de um método próprio, que a APAC trabalha para a recuperação dos presidiários, utilizando de parcerias, participação de voluntários e a colaboração efetiva da sociedade, que auxiliam na execução da pena com a interferência mínima do Estado. Nessa ótica, o idealizador do método, sugeriu em sua obra:

Enquanto o Estado não apoiar a única fórmula existente capaz de produzir e que se consubstancia na participação da comunidade, por intermédio de entidades organizadas juridicamente e descentralizar presídios, fazendo com que cada comunidade assuma sua população prisional, nenhum fruto será colhido, por melhor que seja a legislação (OTTOBONI, 2001 p.38).

Para criador, seguir o método acarretaria no rompimento do círculo vicioso no âmbito da execução, podendo ser interrompido dando lugar a um novo sistema que visa “recuperar” o agente que cometeu crime: “repressão - prende - não há tratamento - solta - sociedade - rejeição - reincidência - prende - construção de presídio - novas leis que evitam prisões e concedem benefícios” (OTTOBONI, 2001 p. 39).

Ao analisar o aumento da criminalidade percebe-se que está diretamente relacionado ao abandono dos condenados no sistema prisional, comprovado pelos altos índices de reincidência dos presídios comuns, cerca de 80%, em comparação aos índices da reincidência das APACs, sendo 13,90% masculina e 2,84% nas APACs femininas. Conforme se observa no anexo, retirado do site da FBAC Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC, entidade jurídica, de utilidade pública, que assessora todas as APAC's, a seguir:

Tabela 1: Média de Reincidência (data 11/11/2022)

8. Média de Reincidência

Internacional	70%
Nacional	80%
APACs	13,90%
APACs femininas	2,84%

Fonte: Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC (fbac.org.br)

O método apaqueano apoia-se na noção de que a função essencial da pena é a reintegração do indivíduo que cometeu crime à sociedade. Refere-se da efetiva aplicação da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que determina a Execução das Penas e o cumprimento dos seus princípios basilares da Lei: punir e ressocializar. Segundo Ottoboni e Ferreira (2004, p. 29): “uma entidade que dispõe de um método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se e com o propósito de proteger a sociedade, socorrer as vítimas e promover a justiça”.

As APACs operam mediante uma dupla finalidade da pena, a primeira função foi denominada pelo idealizador, como “da advertência, formação de culpa e sentença”. A segunda etapa, refere-se a execução da pena: “A rigor, a pena castiga toda família do condenado, ou seja, o seio familiar que não se encontrava estruturado experimenta uma realidade que potencializa a piorar cada vez mais” (OTOBONI, 2001 p. 44).

O sistema da APAC apresenta doze elementos, a fim de atingir a dupla finalidade da pena, sendo importante mencionar que “a observância de todos eles na aplicação da metodologia é indispensável, pois é no conjunto harmonioso de todos eles que encontraremos respostas positivas.” (OTTOBONI, 2001 p.64). São os elementos: a participação da

comunidade, o recuperado ajudando o recuperando, o trabalho, a religião, a assistência jurídica, a assistência à saúde, a valorização humana (base do método), a família, o voluntário e o curso de formação, o Centro de Integração Social (CRS), o mérito e a Jornada de Libertação (Cristo).

A participação da sociedade é o primeiro elemento do método e o mais importante, de modo que o Estado se mostra incapaz de cumprir a função essencial da pena, que é recuperar o cidadão para que retorne ao convívio em sociedade. Esse objetivo está tipificado no artigo 4º da Lei nº 7.210 de 1984: “o Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança”.

O trabalho, como terceiro elemento, é uma das principais forças da associação e possui como funções: no regime fechado o objetivo é recuperar o indivíduo que cometeu o crime, utiliza-se da laborterapia (é o tratamento de doenças através do trabalho); no regime semiaberto o trabalho atua como profissionalizante; e no regime aberto a (re)inserção social. Para tanto, o método utiliza de trabalhos laborterápicos que despertam no recuperando o sentimento de iniciativa, de capacidade, e de valorização como ser humano. Seguindo as ideias de Mirabete (2004, p. 120), o trabalho prisional não constitui, por si só, uma agravação da pena, nem deve ser doloroso e mortificante, mas deve ser um mecanismo de complemento do processo de reinserção social para prover a readaptação do preso, prepará-lo para uma profissão, inculcar-lhe hábitos de trabalho e evitar a ociosidade. A seguir, o relatório referente aos trabalhos realizados nas associações:

Tabla 2: Trabalho nas APAC's (11/11/2022)

6. Trabalho nas APACs

Laborterapia	3.567
Oficinas e Unidades Produtivas	1.569
Trabalho para a APAC	571
Trabalho externo	716
TOTAL DE RECUPERANDOS TRABALHANDO	6.422

Fonte: Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados – FBAC (fbac.org.br)

A Constituição Federal de 1988 prevê no artigo 6º que o trabalho é um dos “direitos sociais”, sendo assim é função do Estado gerar ao preso a possibilidade de exercer atividade laborativa. O Código Penal também tipifica no artigo 39 a previsão, afirmando que: “O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social”.

Nesse sentido, René Ariel Dotti pontua que:

O resguardo da dignidade do preso, com o oferecimento de meios ao trabalho, com uma adequada remuneração, constitui um dever do Estado que possibilitará não mais distinguir-se entre o cidadão livre e o cidadão preso, permitindo a este seu retorno para a sociedade sem a recidiva. A participação ativa do presidiário no programa de reinserção social pressupõe não somente que tal processo revela a sua voluntária adesão como também a passagem de um direito penal social para um direito que pretenda, também, ser democrático (OTTOBONI, 2000, p. 71) .

Nesse sentido, o caráter meramente punitivo da pena se esvaece dando espaço ao trabalho com a finalidade de recuperar o preso. Para Mirabete (2004, p. 120), o trabalho tem seu sentido ético, como condição da dignidade humana, e assim assume um caráter educativo.

O quarto elemento utilizado no método é a espiritualidade, considerada o ponto central. Não se deve confundir com a imposição de credo, na APAC é proporcionado ao recuperando a oportunidade de ter uma religião e de experimentar o contato com Deus. Conforme referiu Muhle:

A religiosidade está presente em todos os lugares nas APACs; é comum encontrar frases pintadas nas paredes, quadros com frases e imagens religiosas espalhadas pelas galerias e áreas comuns. A religião também é percebida na música, todas as casas têm corais onde a grande maioria das músicas cantadas também são religiosas (OTTOBONI, 2001 p. 157).

A aproximação com Deus auxilia no resgate da autoestima e traz consigo uma ideia de segunda chance ao condenado, o que lhe traz uma perspectiva de futuro. Apesar do Brasil ser um Estado laico, é garantido o direito constitucional da liberdade religiosa e por isso, a religião age de tal modo que permite traçar planos, planejar o futuro. Futuro que para o recuperando é a volta para a sociedade, um momento difícil e incerto, por isso o auxílio da religiosidade e o “perdão” de Deus são elementos essenciais para que o condenado não volte a cometer ato criminoso. Sobre a religião, Mario Ottoboni pontuou em sua obra:

O método APAC proclama, pois, a necessidade imperiosa de o recuperando ter uma religião, crer em Deus, amar e ser amado, não impondo este ou aquele credo, é muito menos sufocando ou asfixiando o recuperando com chamamentos que o angustiam, em vez de fazê-lo refletir (OTTOBONI, 2001 p. 77).

O grande erro comum na abordagem da recuperação dos condenados é julgar que somente a religião basta para preparar para o retorno à sociedade. O que não representa de forma alguma a realidade, visto que existem grupos cristãos dentro dos presídios e mesmo assim os índices de recidiva são alarmantes. A religião na APAC é primordial:

É preciso restabelecer a confiança no ser humano que está preso, fazê-lo conhecer Deus presente na história por meio da presença atuante e coerente do voluntário, não somente por palavras, mas principalmente por gestos concretos de misericórdia, que revelem o verdadeiro Evangelho de Jesus Cristo, que disse: “Eu estive preso e você me visitou” (cf. MT 25,36). (OTTOBONI, 2001 p.78)

O quinto elemento é o da Assistência jurídica, fundamental na constituição do método pois, na maioria das vezes, a situação processual é um motivo que causa angústia nos recuperandos sendo motivo de fugas. Assim, a presença e o auxílio de um profissional apto a responder as perguntas é essencial para o bom funcionamento do sistema. O sexto elemento refere-se ao da Assistência à saúde, foi realizada pesquisa pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, revelou que os sujeitos que cumprem pena privativa de liberdade estão muito mais sujeitos ao contágio de doenças que o resto da sociedade, por exemplo, o risco de contrair HIV é de sessenta vezes maior. A saúde então, se sustenta com o voluntariado de profissionais, com espaços adequados montados nas APACs. Sempre que possível, são realizadas melhoras nas condições de higiene, na alimentação, no tratamento da água,

manutenção nos banhos de sol, atividades de lazer e ainda, melhoria nos espaços de atendimento.

O sétimo elemento é o da valorização humana e tem como objetivo priorizar o ser humano e coloca-lo no centro da mudança, para reformar a autoimagem, desmistificar a aparência de “criminoso” e orienta-lo na sua reestruturação para o retorno a sociedade. A valorização humana se consubstancia nos cuidados médicos, no oferecimento de educação e ensino e o próprio cuidado com o preso, chamado no método por “recuperando”.

A família elencada como o oitavo elemento, na maioria das vezes, as famílias dos recuperandos são desestruturadas e além de serem determinantes para a criminalidade, são as fontes geradoras. Por esse motivo, essas famílias que vivem esse cenário devem obter a devida assistência em várias áreas; deve-se estreitar e reforçar o vínculo afetivo entre os detentos e seus familiares, encontros em instalações adequadas e inclusive, os de natureza íntima. A própria APAC, em departamento próprio, exerce esse acompanhamento.

O nono elemento constitui-se do voluntário e o curso para sua formação, é um trabalho gratuito e por isso a necessidade do curso que instrua voluntariado. A associação é mantida por esse trabalho e pelas doações, por isso convém lembrar que o trabalho voluntário é um dos motivos porque a APAC é um sistema menos custoso que a penitenciária pública.

O Centro de Reintegração Social- CRS, caracterizado como um dos elementos, é o estabelecimento onde o método funciona. Deve-se localizar em um ambiente de perímetro urbano e de fácil acesso para os recuperandos e a família. Além disso, para a plena execução da pena em todo seu sistema progressivo, como previsto na Lei de Execução Penal, devendo haver espaços separados para o cumprimento da pena no regime fechado, semiaberto e aberto.

Os últimos elementos que integram o método apaqueano, o do mérito e da “Jornada a libertação com Cristo”. O primeiro, é o conjunto de todas as ações que o recuperando faz ou deixa de fazer dentro da unidade, nesse elemento que há uma Comissão Técnica de Classificação (CTC), para quando surgir a necessidade de avaliar e dar um tratamento individualizado ao preso. O segundo, chamado de última fase do método, Jornada de libertação com Cristo, um retiro de 03 (três) dias, é quando o recuperando deve refletir sobre um “novo” estilo de vida, que vai de encontro com Jesus Cristo. Atualmente, já existem mais de 60 APACs no Brasil, além de unidades em 12 Países como: Argentina, Alemanha, Colômbia, Coreia do Sul, México e Portugal. Países que já adotaram um modelo carcerário que, criado em São Paulo e expandido em Minas Gerais, humaniza as prisões, oferece oportunidades de reinserção social e tem se mostrado, pelo menos no Brasil, eficaz na redução da reincidência criminal.

A crença da sociedade no ser humano, que não é irrecuperável e pode mudar a qualquer momento a própria vida, direcionando-a para o bem (OTTOBONI, 2011). Essa é a premissa

básica em que se institui a APAC, “ninguém é irrecuperável”, sendo definida como uma entidade que dispõe de um “método de valorização humana, portanto de evangelização, para oferecer ao condenado condições de recuperar-se, logrando, dessa forma, o propósito de proteger a sociedade e promover a justiça.

Para finalizar, conforme a análise da obra de Michael Foucault e as principais legislações: a Constituição Federal e a Lei de Execução Penal, nota-se que não há um meio de coerção que seja mais eficaz no trato da pessoa que cometeu crime. Alguma forma de punir que não seja, limitar o direito de ir e vir, ou seja, a privação da liberdade. O investimento por parte do Estado, as melhorias no sistema prisional e, melhor que isso, a adoção de um método que além de punir, reeducar o agente, e mostrar outro caminho, é um ganho também para a sociedade, pois a diminuição dos índices de reincidência do egresso do sistema implica na significativa queda dos índices de criminalidade. Por isso, como demonstrado no presente capítulo, no método APAC o caráter meramente punitivo da pena se esvaece dando espaço ao trabalho com a finalidade de recuperar o preso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante da análise histórica no que tange os direitos dos presos e das legislações apresentadas, existem dois caminhos: ou a sociedade vai em direção ao processo civilizatório de defesa à dignidade da pessoa humana e aos direitos sociais, ou retorna à barbárie, onde não é vista como detentora de direitos humanos e fica à mercê da instabilidade dos legisladores e da insegurança jurídica.

O objetivo inicial da prisão é fazer com que o sentenciado pague pelo erro cometido. A pena, portanto, além de envolver uma retribuição do crime também busca pela ressocialização e para que o “recuperando” se arrependa, ele precisa antes compreender que cometeu um erro e aceitar todas as suas consequências, inclusive a punição. Por isso a Lei de Execução Penal, em seu artigo 1º, refere que o objetivo da execução penal é “efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”.

Apesar da conquista de todos esses direitos ao longo dos anos, hoje percebe-se que a prisão nos moldes da sociedade moderna não é eficaz como se espera. Na verdade, mesmo com o respaldo de diversas legislações que amparam os apenados, os índices de reincidência são muito elevados. Por isso, foi proposto o conhecimento e estudo do método APAC- Associação de Proteção e Assistência aos Condenados- pessoa jurídica de direito privado, que auxilia o estado na execução da pena e que possui indicies de reincidência quase que mínimos

em comparação ao sistema penitenciário comum. O lema da associação é “Matar o criminoso e salvar o homem”, pois acredita-se na recuperação da pessoa que cometeu o crime.

Utilizando-se do método APAC como modelo a ser seguido, para que haja a expansão das associações e que sirva de exemplo para as demais instituições carcerárias do Brasil. Por isso, o investimento por parte do Estado, as melhorias no sistema prisional e, melhor que isso, a adoção de um método que além de punir, reeducar o agente e mostrar outro caminho, é um ganho para toda a sociedade, pois a diminuição dos índices de reincidência do egresso do sistema implica na significativa queda dos índices de criminalidade.

REFERÊNCIAS

ABBUD, Bruno. **Pandemia pode ter levado Brasil a ter recorde histórico de 919.651Ê presos**. O Globo, Brasília, 05 de julho de 2022. < oglobo.oglobo.com > Acesso em: 10 de novembro de 2022.

AVENA, Norberto. **Execução Penal**.5.ed.Rev. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: MÉTODO, 2018.

AZEVEDO, Juarez Moraes. Da Monitoração Eletrônica. In: SILVA, Jane Ribeiro. **A**

Execução Penal à Luz do Método APAC. 1ª Ed. Belo Horizonte: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**: texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016.

BRASIL. Lei nº 7.210 de 11 de Julho de 1984.**Lei de Execução Penal**: Diário Oficial da União, Brasília, 1984.

Brasil tem 4ª maior população carcerária do mundo. Confira entrevista com o juiz Losekann - Rádio Câmara - Portal da Câmara dos Deputados. Disponível em: < camara.leg.br >. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. São Paulo/SP: Martin Claret, 2009.

CABRAL, Welinton S. **Execução Penal e Ressocialização**: Sistema Penitenciário do DF Penitenciária do Distrito federal I. Dialética: Belo Horizonte, 2021.

CAMARGO, Antonio Luis Chaves. **Sistema de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal**. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ª ed.

CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida. **O princípio da proibição do retrocesso social como norte para o desenvolvimento do direito à saúde no Brasil**. Fiocruz/Brasília – DF: 2011.

DELEUZE, Gilles. **Controle e Devir**. In: Conversações. Trad. de Peter Pál Pelbart. São Paulo: Editora 34, 1992.

FERNANDES, Maíra. **Brasil chegou a mais de 900 mil presos durante a Covid-19**. É Revista Consultor Jurídico: 8 de junho de 2022.

JULIÃO, Elionaldo Fernandes. **A ressocialização através do estudo e do trabalho do sistema penitenciário brasileiro**. Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), 2009. Acesso em 05 de novembro de 2022 < <http://www.bdttd.uerj.br/handle/1/8383> >.

OTTOBONI, Mário; FERREIRA, Valdeci Antônio. **Parceiros da Ressureição**: Jornada de libertação com Cristo e curso intensivo de conhecimento e aperfeiçoamento do Método APAC, especialmente para presos. São Paulo: Paulinas, 2004.

OTTOBONI, Mario. **Vamos Matar o Criminoso?** – Método APAC. 4ª ed. São Paulo: Paulinas, 2014.

OLIVEIRA, José Carlos. **ONU vê tortura em presídios como “um problema estrutural do Brasil”**. Portal da Câmara dos Deputados, Brasília, 22 de setembro de 2022. Disponível em < camara.leg.br > Acesso em: 10 de novembro de 2022

OLIVEIRA, Luciana. Os direitos humanos e seu subsolo disciplinar – uma leitura antifoucauldiana de Michel Foucault. São Paulo: Editora Forense Universitária, 1ª edição

HULSMAN, Louk. CELIS, Jacqueline Bernat de. **Penas Perdidas**: O sistema penal em questão. 1ª ed. 1993: Luam Editora, São Paulo. 2008

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14ª Ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

RICAS, Eugênio Coutinho. **A Política Antidrogas Brasileira e reflexo na superlotação dos presídios**. 1ª ed. Belo Horizonte: Editora dialética, 2020.

Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (Regras de Nelson Mandela). Data. Disponível em: < unodc.org >. Acesso em: 10 de novembro de 2022.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade**. Revista Eletrônica 'Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, março/abril/maio, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano**. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC. Belo Horizonte: 2009.

SARAIVA, Karla e LOPES, Maura Corcini. **Educação, inclusão e reclusão**. Currículo sem Fronteiras: 2011.

THOMPSON, Augusto. **A questão da penitenciária**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

A INFODEMIA E A DESINFORMAÇÃO: UM ESTUDO SOBRE O IMPACTO NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

INFODEMIC AND DISINFORMATION: A STUDY ON THE IMPACT ON HEALTH DURING THE COVID-19 PANDEMIC

Adriana Aguilhar da Silva¹

Ana Luiza Almeida da Silva²

Francielle Benini Agne Tybusch³

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar o fenômeno da infodemia e a desinformação durante a pandemia COVID-19, os seus impactos na saúde da população e no sistema global de sustentabilidade na saúde. Para amparar a presente pesquisa, utilizou-se do informativo divulgado pela Organização Pan-Americana da saúde - OPAS - cujo documento traz estatísticas mundiais desse período. Ainda, analisa-se no cenário brasileiro as divulgações de notícias falsas veiculadas nos meios eletrônicos com propósito de desinformar à sociedade. Como escopo, realizou-se a abordagem histórica do direito à informação e o contexto da infodemia, no cenário pandêmico. Desse modo, o trabalho tem como questionamento: durante a pandemia por COVID-19, quais os impactos na sustentabilidade do sistema global da saúde diante da desinformação causada pela infodemia? Na presente pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo tendo em consideração a análise do tema em caráter global até chegar na perspectiva brasileira do problema. O método de abordagem procedimental valeu-se do histórico e monográfico, porquanto, a pesquisa dispôs dos recursos bibliográficos e documental. Conclui-se que, durante a pandemia por COVID-19, o fenômeno da infodemia ocasionou o aumento exponencial de dados na internet com cunho malicioso, fato, esse que gerou a desinformação da sociedade, com a incidência da degeneração da democracia na absorção de notícias destrutivas.

¹ Pós-Graduanda LLM em Direito e Processo do Trabalho: o mundo do trabalho e suas novas relações pela Fundação Escola Superior do Ministério Público - FMP. Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana. Bacharel em Direito pela Universidade Franciscana, tendo recebido Lâurea Acadêmica pelo destaque no ensino, pesquisa e extensão. Tecnóloga em Gestão Pública pela Faculdade de Tecnologia Internacional. Servidora Pública Federal do Ministério do Trabalho. E-mail: adirssm@gmail.com.

² Advogada. Pós-Graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Franciscana. Pós-Graduanda em Direito Civil e Direito e Processo do Trabalho pelo Centro Universitário União das Américas - Descomplica. Bacharel em direito pela Universidade Franciscana. E-mail: anaaluiza.rp1997@gmail.com

³ Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM. Bacharel em Direito pela Faculdade Palotina de Santa Maria - FAPAS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana - UFN. E-mail: francielleagne@gmail.com.

PALAVRAS-CHAVES: Acesso à informação; Infodemia; Desinformação; Pandemia COVID-19.

ABSTRACT

This study aims to analyze the infodemic phenomenon and disinformation during the COVID-19 pandemic, its impacts on the population's health, and the global health sustainability system. To support this research, we used the information released by the Pan American Health Organization - PAHO - whose document brings world statistics from that period. Also, in the Brazilian scenario, the dissemination of fake news conveyed in electronic media to disinform society is analyzed. As a scope, the historical approach of the right to information and the context of the infodemic, in the pandemic scenario, was carried out. Therefore, the study has the following question: during the COVID-19 pandemic, what were the impacts on the sustainability of the global health system in the face of disinformation caused by the infodemic? In the present research, the deductive method of approach was used, taking into account the analysis of the theme in a global character until reaching the Brazilian perspective of the problem. The procedural approach method used was the historical and monographic method because the study relied on bibliographic and documentary resources. In conclusion, during the COVID-19 pandemic, the infodemic phenomenon caused an exponential increase in malicious data on the internet, a fact that generated misinformation in society, with the incidence of the degeneration of democracy in the absorption of harmful news.

KEYWORDS: Access to information; Infodemic; Disinformation; COVID-19 pandemic.

INTRODUÇÃO

O acesso à informação é um dos direitos de deveras importância, sobretudo na capacitação e emancipação do indivíduo como forma de melhor resolução das questões cotidianas e dos fatos mais complexos da existência humana. Além do que, estar bem informado é condição necessária à participação nas discussões em pauta, seja no âmbito privado, seja na coletividade, principalmente, nos debates de grande relevância no meio social.

Assim, é primordial mencionar que o direito fundamental à informação, previsto constitucionalmente e regulamentado através da lei de acesso à informação⁴, como também, as publicações de dados devem observar os princípios, a ética e a responsabilidade nas divulgações em qualquer meio de comunicação.

⁴ BRASIL. Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal; altera a Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990; revoga a Lei nº 11.111, de 5 de maio de 2005, e dispositivos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991; e dá outras providências. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em 10 nov 2022.

Neste sentido, com o avanço tecnológico e a utilização da internet como ferramenta para comunicação, surge a necessidade de regulamentar direitos e deveres no uso da rede de dados a fim de manter as garantias previstas constitucionalmente, seja na liberdade de expressão, bem como, na responsabilidade em promover a comunicação fidedigna. No Brasil, o Marco Civil da Internet⁵ tem o escopo de assegurar: a liberdade de expressão e a proteção de dados privados dos indivíduos, a livre manifestação do pensamento com intuito na formação de pessoas com a personalidade livre, ética e responsável.

Ocorre que, todos os pilares basilares que norteiam o acesso à informação regulamentado no Marco Civil da Internet se tornam frágeis diante do fenômeno da infodemia, este, alcança uma amplitude maior da população devido ao auxílio dos meios de comunicação como: televisão, rádio, computador, smartphones, jornais impressos ou eletrônicos, blogs, mídias sociais, aplicativos de conversas.

Segundo o informativo da Organização Pan-Americana da Saúde - OPAS⁶ – já no início da pandemia por COVID-19, a busca por informação aumentou de 50% a 70%, só na internet. No Brasil, esse fenômeno evidenciou-se no cenário de pandemia pela COVID-19, tendo em vista que dificultou a erradicação da doença no país.

A infodemia contribuiu para desinformação, o acesso global de dispositivos eletrônicos conectados à internet, com a circulação demasiada de informações e todos os meios de obtê-las, criou-se uma epidemia de informações, ou seja, um cenário de muitas notícias divergentes de cunho malicioso, que tornaram a pandemia ainda muito mais grave. Desse modo, para realizar a análise das questões correlata a infodemia e a desinformação, no período da pandemia por COVID-19, respondeu-se ao seguinte problema de pesquisa: durante a pandemia por COVID-19, quais os impactos na sustentabilidade do sistema global da saúde diante da desinformação causada pela infodemia?

Para cumprir esta finalidade, no tocante ao método de abordagem, a pesquisa recorreu-se do método dedutivo, em conjunto com a técnica bibliográfica doutrinária e documental, que partirá da análise de direito fundamental de acesso à informação e o fenômeno da infodemia correlato a desinformação devido a multiplicidade de informações. No caso em tela, serão verificados os impactos na saúde da população e a sustentabilidade no sistema global de saúde.

No tocante ao procedimento, foi empregado o método histórico monográfico. O método histórico consiste na abordagem do direito fundamental do acesso à informação e seus avanços,

⁵BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 10 nov. de 2022.

⁶ ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf. Acesso em 28 out. 2022.

e o aumento exponencial de notícias divulgadas na internet durante a pandemia por COVID-19. Já o procedimento monográfico versa sobre a utilização de doutrinas, legislações, artigos científicos e o informativo por órgão engajado com o tema para fundamentar os argumentos apresentados no presente trabalho.

Assim, este aporte metodológico resultou no artigo dividido em duas partes. A primeira traz a historicidade acerca do acesso à informação acerca dos direitos, deveres e princípios que norteiam este direito fundamental concernente com a livre expressão do pensamento e manifestação.

Na segunda parte, consta a importância da ética na informação diante do fenômeno da infodemia e a desinformação com as consequências durante a pandemia por COVID-19.

Desse modo, destaca-se que o tema, por ser pertinente e atual, envolve a sociedade e seus integrantes. Portanto, o trabalho justifica-se por ser o tema de relevância, principalmente, no seu cunho social e jurídico diante do contexto do Estado Democrático de Direito.

1. A HISTORICIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO À INFORMAÇÃO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO E A INFODEMIA DURANTE A PANDEMIA COVID-19

Antes de abordar o tema principal deste trabalho, que envolve a infodemia e a desinformação com todos os seus reflexos, sobretudo no cenário pandêmico em que todos os indivíduos, mundialmente, foram afetados, faz-se necessário o recorte acerca do direito ao acesso à informação e os marcos históricos que envolvem essa garantia.

No contexto histórico, o direito à informação surge no texto constitucional através do art. 5º. XXXIII, como um dos direitos fundamentais a todos os cidadãos. No Brasil, essa conquista é marcada após o período da ditadura⁷ militar, onde muitos direitos fundamentais foram violados, inclusive, a censura da imprensa e todo e qualquer meio de comunicação. Neste período, tal pauta era tornada pública somente com o aval do governo. Por esse motivo, a inclusão do direito à informação como fundamental a todo indivíduo na Constituição Federativa do Brasil, por meio da Assembleia Constituinte traz redemocratização do estado brasileiro.

Tendo em vista o contexto social dinâmico, com o uso da internet surge a necessidade de regulamentar os princípios, os direitos, os deveres e as garantias para uso deste meio de comunicação. Em decorrência da transformação nesta modalidade de interação, a forma de

⁷ GUIMARÃES. Mariana, SILVEIRA. Matheus, SOUSA. Gustavo Viera de. Inciso XXXIII - Direito de acesso à Informação. Disponível em: [https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-acesso-a-informacao/#:~:text=O%20direito%20de%20acesso%20%C3%A0s,mesmo%20que%20para%20uso%20privado](https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-acesso-a-informacao/#:~:text=O%20direito%20de%20acesso%20%C3%A0s,mesmo%20que%20para%20uso%20privado.). Acesso 24 nov. 2022.

recepção das informações contrapôs-se aos meios utilizados de televisão e rádio até então. O alcance das notícias torna-se mais rápido, sobretudo, nos efeitos que causam ao receptor da informação, pois o modo passivo antes vigente, torna-se participativo.⁸

Desse modo, o Marco Civil da Internet trouxe importante avanço na regulação no meio digital cujo escopo visa fomentar a democratização das relações interpessoais com segurança e responsabilidade das partes⁹.

Diante desta facilidade, instala-se o fenômeno da infodemia, ou seja, o aumento exponencial de informações relacionadas a um determinado tema. Segundo o informativo divulgado pela OPAS - durante a pandemia por COVID-19, a busca por informação aumentou de 50% a 70%, só na internet. Neste sentido, as notícias falsas com intuito de enganar a sociedade, e, diante do seu poder de convencimento no público-alvo, baseia-se em posicionamentos divergentes dos pareceres técnicos científicos, ocasionando severos prejuízos na vida dos indivíduos.

A infodemia contribuiu para desinformação tendo em vista o acesso global de dispositivos eletrônicos conectados à internet, pois, circulação demasiada de informações e todos os meios de obtê-las, criou-se uma epidemia de informações, ou seja, um cenário de muitas notícias divergentes de cunho malicioso, que tornaram a pandemia ainda muito mais grave, atingindo um contingente maior de pessoas, inclusive, com milhões de vidas ceifadas, e tendo comprometido o alcance e a sustentabilidade do sistema global de saúde.

Neste aspecto, leciona o filósofo Han¹⁰:

[...], a infodemia, prejudica, assim, de modo massivo o processo democrático. Argumentos e fundamentações não cabem em tuitos ou memes que se propagam e multiplicam em velocidade viral. [...]. Teorias da conspiração são particularmente adequadas para a formação do biótopo na rede [...]

Em outras palavras, considera-se o fenômeno da infodemia como uma ameaça à democracia, degenerando-a em infocracia mediante a absorção de informações destrutivas. No Brasil, esse fenômeno evidenciou-se no cenário de pandemia pela COVID-19, a disseminação de informações falsas foram intensas e comprometeram o controle da doença tendo como efeito o elevado número de óbitos.

⁸ PONTIERI, Alexandre. Marco civil da Internet: neutralidade da rede e liberdade de expressão. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/alexandre-pontieri-marco-civil-internet#:~:text=Marco%20Civil%20da%20Internet,%C3%A0%20mat%C3%A9ria%20\(artigo%201%C2%BA\)](https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/alexandre-pontieri-marco-civil-internet#:~:text=Marco%20Civil%20da%20Internet,%C3%A0%20mat%C3%A9ria%20(artigo%201%C2%BA).). Acesso em 24 nov. 2022.

⁹ COSTA, Thabata Filizola. A importância do Marco Civil da Internet. Disponível em: <https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/313088224/a-importancia-do-marco-civil-da-internet>. Acesso 24 nov. 2022.

¹⁰ HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e crise da democracia. Tradução de Gabriel S. Philipson, Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2022, p. 45/46.

Neste aspecto, as notícias de cunho negacionista, de tratamentos sem comprovação científica e das existências de leitos hospitalares disponíveis à população, bem como, o posicionamento contra o distanciamento social amplamente divulgado pelo governante do país, formaram um conjunto de fatores que atrasaram na compra de vacinas, por exemplo¹¹.

Diante desta realidade travou-se uma verdadeira batalha a fim de conscientizar a população das medidas de segurança na proteção de todos os indivíduos e a importância da vacinação como meio mais eficaz no controle de doenças epidemiológicas. Ademais, a luta não abarcava apenas a propagação da doença, mas, sobretudo, a divulgação em larga escala de informações imprecisas.

Neste cenário, a desinformação torna-se cotidiana devido às informações falsas ou imprecisas decorrente da manipulação das notícias com a intenção de enganar a população cujo escopo é despertar a desconfiança e o descrédito nos pareceres científicos que versam sobre a proteção da vida. Neste sentido, com intuito de enganar a sociedade, e, diante do seu poder de convencimento no público-alvo, as notícias falsas baseiam-se em posicionamentos divergentes que vão de encontro com os pareceres técnicos científicos, ocasionando severos prejuízos na vida dos indivíduos atingindo um contingente maior de pessoas, inclusive, com milhões de vidas ceifadas.

Desta forma, interromper esse ciclo de desinformação através dos meios de comunicação na divulgação do acesso seguro das informações baseadas em posicionamento científico foi um dos métodos mais eficazes para conscientizar a população na adesão à vacinação no cenário pandêmico.

Portanto, o direito fundamental ao acesso à informação teve seus princípios ameaçados no período da pandemia por COVID-19, pois sob a ótica desta garantia, notícias falsas foram disseminadas no meio virtual. Para tanto, também, é relevante a abordagem acerca dos desafios a serem enfrentados diante do fenômeno da infodemia e a sociedade das redes.

2. ÉTICA NA INFORMAÇÃO E AS CONSEQUÊNCIAS DA INFODEMIA E A DESINFORMAÇÃO NA SAÚDE DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

No capítulo anterior, apresentou-se o surgimento do acesso à informação consolidado como direito fundamental de todo indivíduo, principalmente, pelo fato de ter advindo do período da ditadura militar, período este, marcado pelo cerceamento de direitos fundamentais. Sendo

¹¹ DUARTE, Elisete, GARCIA, Leila Posenato. Infodemia: excesso de quantidade em detrimento da qualidade das informações sobre a COVID-19. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400001. Acesso em: 27 out. 2022

assim, a concepção deste direito ressalta a importância de regulamentar os princípios, direitos e deveres para nortear essa relação que se tornou (a) cada vez mais dinâmica com o advento dos avanços tecnológicos.

A tecnologia encurta caminhos e diminui distâncias entre os pares. Contudo, a depender de quem está do outro lado da tela, também é um instrumento aliado ao desserviço, pois, torna muitos indivíduos meros reprodutores de notícias falsas, o curte e compartilha nunca esteve tão em alta como atualmente, e, principalmente, no cenário da pandemia por COVID-19. As multiplicidades de informações maliciosas e sem a veracidade comprovada ao alcance da população em curto lapso temporal, instiga ainda mais o fenômeno do século XXI do qual está intimamente ligado a rejeição patológica da sociedade da informação, ou seja, a crise da verdade¹², onde fake news, teorias da conspiração e desinformação têm o protagonismo diante das verdades factuais.

Neste contexto, recuperar a ética na informação nunca se fez tão necessário, porquanto, parte da humanidade se perdeu e o compromisso com o outrem deixou de ser relevante a tal ponto de gerar uma infodemia dentro de um cenário caótico como o da pandemia por COVID-19. Além do que, a ética está intrinsecamente as ações das pessoas, é o discernimento de condutas corretas e incorretas diante do entendimento do que é certo ou errado mediante os comportamentos individuais nas relações interpessoais sem causar prejuízos na vida em sociedade ¹³.

Ademais, o regime de informação que a sociedade comunga hodiernamente deixou para trás o regime disciplinar muito bem explorado como forma de dominação na era do capitalismo industrial, aquele, explora informações e dados dos quais influenciam diretamente nos meios sociais, econômicos e políticos. Assim, não há mais isolamento como acontecia no regime disciplinar, este, se desfez em redes abertas devido ao fato que explora a comunicação.¹⁴

A infodemia é um fato do qual se convive diariamente em decorrência da multiplicidade de informações, ocorre que este cenário se tornou vulnerável devido à manipulação das informações com propósito malicioso, que vão de encontro com os princípios que norteiam o acesso à informação e o uso da internet

¹² HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e crise da democracia. Tradução de Gabriel S. Philipson, Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2022, p. 81

¹³PORFÍRIO, Francisco. Diferença entre ética e moral. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/filosofia/diferenca-entre-etica-moral.htm>. Acesso em 26 nov 2022.

¹⁴ HAN, Byung-Chul. Infocracia: digitalização e crise da democracia. Tradução de Gabriel S. Philipson, Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2022, p.7 a 9.

Nesta perspectiva, a analogia afirmada por Immanuel Kant¹⁵ me parece apropriada para tal contexto:

Kant afirma que pedir dinheiro emprestado sem a intenção de devolver seria imoral. A razão pode nos mostrar isso. Seria um absurdo para qualquer um pegar dinheiro emprestado e prometer devolvê-lo mesmo sabendo que não seria possível. Esta, mais uma vez, não é uma máxima universalizável. Faça a seguinte pergunta: “E se todos fizessem isso?”. Se todos fizessem falsas promessas como essa, as promessas se tornariam totalmente inúteis. Portanto, seria errado agir assim. Essa maneira de pensar sobre o certo e o errado baseada no bom raciocínio, e não na emoção[...]. Para Kant, os sentimentos apenas obscurecem o problema.

Em outras palavras, a ética está relacionada às atitudes do indivíduo, independentemente de suas emoções. Logo, as ações devem ser norteadas pela probidade, pois independem da identidade com determinados conceitos. O agir ético é em prol de bom viver com justiça tendo a responsabilidade de compartilhar informações fidedignas no que tange às ações e a origem dos dados.¹⁶

No entanto, o agir ético com probidade nas ações no que tange a divulgação de notícias, em regra, não foram os critérios observados no decorrer da pandemia COVID-19. Segundo o informativo divulgado pela OPAS, a busca por informações teve seu índice elevado a 70% em todos os meios de conexão na rede. O levantamento realizado deu-se no período crítico da doença no decurso de 30 dias, os números apresentados foram: (i) 361 milhões de vídeos carregados na plataforma YouTube; (ii) 550 milhões de tuitos sobre o assunto coronavírus, covid-19 e pandemia e (iii) 19.200 artigos publicados sobre o tema no Google Scholar.

Diante da diversidade de informações publicadas na pandemia, a infodemia contribuiu diretamente com a desinformação, sobretudo, as notícias de natureza negacionista com intuito de contrariar as orientações da comunidade científica, através do argumento e clamor pela liberdade de expressão muitas vozes tiveram o seu espaço por meio do teclado e a tecla enter de qualquer dispositivo eletrônico. Destarte, as orientações de medidas para proteção à vida com os esclarecimentos de enfrentamento da doença divulgados pela comunidade científica foram alvo desta manobra.

Assim sendo, apesar de possuímos instrumentos que regulamentam o acesso à informação e o uso da internet, com o avanço tecnológico o que era para ter reflexos, na maioria positivos, deu lugar ao lado perverso de parte da humanidade, sob o argumento da liberdade de expressão e a manifestação do pensamento, às notícias informacionais são lançadas na rede

¹⁵ WARBURTON, Nigel. Immanuel Kant. Uma breve história da Filosofia. Tradução Rogério Bettoni. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013. P.113.

¹⁶ GOMEZ, Maria Nelida Gonzales de. Reflexões sobre Ética da Informação: panorama contemporâneo. In: CIANCONI, Regina de Barros; GOMEZ, Maria Nelida Gonzalez de (Org). Ética da Informação: Perspectivas e Desafios, RJ: Ed. Garamond Lytda. Disponível em: https://ppgci.uff.br/wp-content/uploads/sites/86/2020/04/Livro_Etica_da_informacao.pdf. p.19 a 20. Acesso em 22 nov 2022

de dados e compartilhadas sem a responsabilidade de verificar as fontes e a razoabilidade do que está sendo manifestado, a ética ficou esquecida nestes comportamentos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou verificar os impactos causados na saúde durante a pandemia por COVID-19 tendo em vista o fenômeno da infodemia e a desinformação. Antes, tratou-se do direito fundamental ao acesso à informação com previsão no texto constitucional, após o período em que o país esteve sob a ditadura militar. Na sequência, registrou-se o Marco Civil da Internet, como sendo um importante avanço na regulamentação no uso do meio digital tendo em vista a democratização das relações interpessoais com segurança e responsabilidade.

Neste passo, de posse da informação divulgada no informativo da OPAS, constatou-se o aceleração na busca de informações relacionadas a COVID-19. Desse modo, para ter-se a conclusão do proposto, foi necessário a abordagem acerca do acesso à informação, o fenômeno da infodemia e a crise da verdade diante das múltiplas informações divulgadas nos meios digitais com intuito de manipular e dificultar o enfrentamento da doença.

Não obstante, as facilidades que o avanço da tecnologia trouxe nas relações, também é um instrumento aliado ao desserviço, pois, torna (ou) muitos indivíduos compartilhadores de notícias falsas durante o cenário pandêmico. A sociedade da informação compartilha dados e notícias, neste liame, as fake news, teorias da conspiração e o negacionismo perante o avanço da COVID-19 gerou a desinformação com o protagonismo face às verdades factuais.

À vista disso, para a erradicar a doença se fez necessário o dispêndio de esforços na divulgação da comunidade científica e órgãos não governamentais a fim de conscientizar a população das medidas protetivas, dos tratamentos médicos de controle e preventivo, como a vacinação, e as medidas a ser adotadas de segurança à vida no convívio social.

Para isso, é primordial resgatar o dever da ética nas condutas individuais, principalmente, quando as ações privadas tenham reflexos na coletividade. Neste contexto, recuperar a ética na informação nunca se fez tão necessário, pois a historicidade registra a conquista de muitos direitos fundamentais. Na contemporaneidade, observa-se a vivência de um retrocesso nos direitos e condutas humanas.

Diante disto, há fatos que independente dos esforços despendidos, permanecerão. A infodemia é um deles, resta saber qual direção continuará tendo na humanidade, se a multiplicidade de informações será com o propósito do bem servir ou o desserviço continuará.

Portanto, a informação divulgada não pode abster-se da ética, o discernimento de condutas corretas e incorretas diante do entendimento do que é certo ou errado está de modo intrínseco relacionado com a educação e o conhecimento. Com isso, norteia-se o bem informar,

a liberdade de expressão e a manifestação do pensamento como base do acesso à informação segura e eficaz.

REFERÊNCIAS

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 nov. 2022.

BRASIL. **Lei Nº 12.527, de 18 de novembro de 2011**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm. Acesso em: 10 nov. de 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 10 nov. de 2022.

GOMEZ, Maria Nelida Gonzales de. Reflexões sobre Ética da Informação: panorama contemporâneo. In. CIANCONI, Regina de Barros; GOMEZ, Maria Nelida Gonzalez de (Org). **Ética da Informação: Perspectivas e Desafios**, RJ: Ed. Garamond Lytda. Disponível em: https://ppgci.uff.br/wp-content/uploads/sites/86/2020/04/Livro_Etica_da_informacao.pdf. p.19 a 20. Acesso em 22 nov 2022.

COSTA, Thabata Filizola. **A importância do Marco Civil da Internet**. Disponível em: <https://thabatafc.jusbrasil.com.br/artigos/313088224/a-importancia-do-marco-civil-da-internet>. Acesso 24 nov. 2022.

DUARTE, Elisete.; GARCIA, Leila Posenato. **Infodemia: excesso de quantidade em detrimento da qualidade das informações sobre a COVID-19**. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742020000400001. Acesso em: 27 out. 2022.

DOMINGUES, Larissa. **Infodemia: uma ameaça à saúde pública global durante e após a pandemia de Covid-19**. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/2237/2413>. Acesso em: 27 out. 2022.

GUIMARÃES, Mariana.; SILVEIRA, Matheus; SOUSA. Gustavo Viera de. **Inciso XXXIII - Direito de acesso à Informação**. Disponível em: <https://www.politize.com.br/artigo-5/direito-de-acesso-a->

informacao/#:~:text=O%20direito%20de%20acesso%20%C3%A0s,mesmo%20que%20para%20uso%20privado. Acesso 24/11/2022.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e crise da democracia**. Tradução de Gabriel S. Philipson, Petrópolis. Rio de Janeiro: Vozes, 2022.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE. **Entenda a infodemia e a desinformação na luta contra a COVID-19**. Disponível em: https://iris.paho.org/bitstream/handle/10665.2/52054/Factsheet-Infodemic_por.pdf. Acesso em 28/10/2022.

PONTIERI, Alexandre. **Marco Civil da Internet: neutralidade da rede e liberdade de expressão**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/alexandre-pontieri-marco-civil-internet#:~:text=O%20Marco%20Civil%20da%20Internet,%C3%A0%20mat%C3%A9ria%20\(artigo%201%C2%BA\)](https://www.conjur.com.br/2022-abr-24/alexandre-pontieri-marco-civil-internet#:~:text=O%20Marco%20Civil%20da%20Internet,%C3%A0%20mat%C3%A9ria%20(artigo%201%C2%BA)). Acesso em 24 nov. 2022.

PORFÍRIO, Francisco. **Diferença entre ética e moral**. Disponível em: <https://brasilescola.uol.com.br/filosofia/diferenca-entre-etica-moral.htm>. Acesso em 26 nov 2022.

WARBURTON, Nigel. **Immanuel Kant. Uma breve história da Filosofia**. Tradução Rogério Bettoni. Porto Alegre, RS: L&PM, 2013. P.113.

HOLDING PATRIMONIAL FAMILIAR COMO ALTERNATIVA DE REDUÇÃO DE CUSTOS RELATIVO AO ITCMD POR MEIO DE PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO E TRIBUTÁRIO

FAMILY EQUITY HOLDING AS AN ALTERNATIVE TO REDUCE COSTS RELATED TO ITCMD THROUGH SUCCESSION AND TAX PLANNING

Luiza Boff Lorenzon¹

Marilaine Moreira de Jesus²

RESUMO

O presente artigo buscou por meio de um estudo explicativo e exploratório, conceito e circunstâncias acerca do problema encontrado quanto a maneira em que um planejamento sucessório e tributário, através de uma holding patrimonial familiar, pode ser uma alternativa vantajosa para a redução de custos na sucessão, e quais são essas vantagens. Diante da globalização, que dá ensejo a competitividade, surge a necessidade de empresas buscarem mesmo que de forma reduzida, maiores proveitos para subsistirem diante da forte concorrência. O objetivo deste estudo é analisar os benefícios do uso de uma holding patrimonial familiar através de um planejamento tributário e sucessório, na redução de custos relativos ao imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCMD). Para atingir este objetivo, realizou-se uma pesquisa de natureza descritiva, perfazendo um estudo bibliográfico dos principais tópicos que envolvem o planejamento tributário e sucessório; e de natureza qualitativa por meio da simulação de casos hipotéticos, observando a aplicabilidade do planejamento e aferindo as vantagens da utilização e a redução de custos tributários na sucessão. O fato de que empresários se mostram interessados em encontrar ferramentas que possam ser eficazes para a continuidade do negócio onde, em alguns casos, a modalidade de holding se aplica como instrumento vantajoso nesse processo, além disso, é possível demonstrar sua eficácia e eficiência como ferramenta no planejamento sucessório e tributário, voltado para as diversas formas de planejamento que auxilia na proteção dos interesses patrimoniais do empresário.

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação *Stricto sensu* em Direitos Fundamentais e Democracia pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná – EMAP, Núcleo de Curitiba (2021). Graduada pela Universidade de Passo Fundo – UPF (2020). Estagiária de pós-graduação no Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. E-mail: luizabofflorenzoni@hotmail.com

² Mestranda Bolsista PROSUP/CAPES em Direitos Fundamentais e Democracia do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil – UniBrasil, Curitiba/PR. Especialista em Direito Aplicado pela Escola da Magistratura do Paraná - EMAP, Núcleo de Curitiba (2006) e em Direito Notarial e Registral pelo grupo IBMEC (2021). Aprovada no 3º Concurso Público de Provas e Títulos para Outorga de Delegações de Serventias Notariais e Registrais no Estado do Paraná. Advogada. E-mail: laine.adv@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Holding patrimonial familiar; Imposto transmissão causa mortis e doação; Planejamento sucessório; tributário e patrimonial.

ABSTRACT

This article sought, through an explanatory and exploratory study, the concept and circumstances of the problem encountered regarding the way in which succession and tax planning, through a family equity holding company, can be an advantageous alternative for reducing costs in succession, and what are those advantages. Faced with globalization, which gives rise to competitiveness, there is a need for companies to seek, even if in a reduced way, greater profits to survive in the face of strong competition. The objective of this study is to analyze the benefits of using a family equity holding company through tax and succession planning, in the reduction of costs related to the tax on transfer causa mortis and donation (ITCMD). To achieve this objective, a descriptive research was carried out, making up a bibliographical study of the main topics that involve tax and succession planning; and of a qualitative nature through the simulation of hypothetical cases, observing the applicability of the planning and assessing the advantages of use and the reduction of tax costs in the succession. The fact that entrepreneurs are interested in finding tools that can be effective for business continuity where, in some cases, the holding modality is applied as an advantageous instrument in this process, in addition, it is possible to demonstrate its effectiveness and efficiency as a tool in succession and tax planning, focused on the various forms of planning that help protect the entrepreneur's equity interests.

KEYWORDS: Family equity holding; Tax transmission cause mortis and donation; Succession planning; tax and property assets.

INTRODUÇÃO

O processo de globalização dá ensejo à competitividade, fazendo surgir a necessidade de empresas buscarem, mesmo que de forma reduzida, maiores proveitos para subsistirem diante da forte concorrência. Além disso, a maioria dos empresários possuem a preocupação com a continuidade da empresa familiar, visto que muitas têm suas atividades cessadas devido aos conflitos familiares ocorridos após a morte do titular do patrimônio.

Assim, o planejamento sucessório e tributário é uma forma cada vez mais necessária para antecipar os custos de eventos futuros, redução de encargos fiscais, na busca pela diminuição ou eliminação dos mesmos. Por conseguinte, surge como maneira de aplicação desse planejamento a utilização das chamadas empresas holdings, pautadas por evoluções na legislação e nas formas corporativas de gestão.

Visto isso, objetivou-se demonstrar e analisar os benefícios do uso de uma holding patrimonial familiar através de planejamento tributário e sucessório, na redução de custos relativos ao imposto de transmissão causa mortis e doação (ITCMD).

A utilização de holding patrimonial pode gerar diversas vantagens em outros aspectos, como por exemplo, a economia fiscal por meio de redução de ônus tributários especialmente quanto aos impostos de transmissão causa mortis e doação (ITCMD), de renda (IR) sobre a transmissão de bens imóveis (ITBI).

Diante desses fatos, realizou-se uma pesquisa de natureza descritiva, em um estudo bibliográfico dos principais tópicos que envolvem o planejamento tributário e sucessório; e de natureza qualitativa por meio da simulação de casos hipotéticos, observando a aplicabilidade do planejamento e aferindo as vantagens da utilização e a redução de custos tributários na sucessão.

Para tal, em um primeiro momento procura-se entender a holding patrimonial familiar, sua definição, finalidade, tipos de empresas e custos, após, realiza-se uma análise acerca dos trâmites da sucessão e sua tributação no Estado do Paraná, e ao final, tem-se o estudo de caso hipotético observando a aplicabilidade do planejamento e aferindo as vantagens da utilização e a redução de custos tributários na sucessão.

1. HOLDING PATRIMONIAL FAMILIAR: UMA APROXIMAÇÃO DO TEMA

O termo holding tem origem no verbo inglês to hold, que significa: segurar, pegar, agarrar, manter³. Interligado a matéria, “holding” significa uma empresa que detém posse das ações de outra empresa, e que desenvolve como atividade predominantemente a administração dos negócios da mesma, não gerando bens e serviços. No contexto prático, trata-se de uma organização que tem como atribuição ser possuidora de um conjunto patrimonial.

No Brasil, essa modalidade societária teve maior vislumbre apenas na década de 60, com abertura das empresas multinacionais. No ordenamento jurídico pátrio, se encontra prevista na Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404/76), em seu artigo 2, parágrafo 3 que estabelece sobre a criação de uma holding pura ou mista⁴.

³ HOUAISS. Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

⁴ BRIDA, Samuel de. **Planejamento patrimonial e sucessório**: a utilização da holding como ferramenta no processo de organização patrimonial e sucessão empresarial. Trabalho de Conclusão de curso. Curso de Ciências Contábeis, Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma, 2013, p. 22. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/1851>. Acesso em: 01 nov. 2022.

A holding, “é um tipo societário que tem como seu produto o seu investimento, a qual busca obter rentabilidade e organizar administrativamente suas controladas ou coligadas”⁵, e segundo Lodi e Lodi, a holding é “o elo entre o empresário, a família e o seu grupo patrimonial”⁶.

Nesse sentido, a holding possui diversas finalidades importantes para sua formação. Pode ter uma função administrativa, a qual centraliza os atos administrativos com o intuito de governança corporativa, na busca de se obter uma boa estrutura societária. Outra, é a de “simplificar as soluções referente a patrimônios, heranças e sucessões”⁷.

Conclui-se que, a constituição de uma holding,

tem por finalidade a organização administrativa, além de ser utilizada como forma de planejamento patrimonial/sucessório para solucionar problemas societários, administrativos e patrimoniais, evitando assim, alguns litígios ocorridos nos trâmites sucessórios⁸.

Importante salientar, que “a holding patrimonial não é um tipo de sociedade, mas uma função que ela desempenhará. Tanto é assim que não há exclusividade sobre o tipo que adotará, podendo ser uma sociedade limitada ou anônima”⁹.

A criação de uma holding como maneira de planejamento, pode ser rentável e proveitoso nos aspectos patrimoniais, sucessórios e tributários, sendo que ela poderá também, ser utilizada como uma forma de (re)estruturação societária da empresa visando a sucessão patrimonial e administrativa. Ou seja, a holding poderá servir como um planejamento tributário, sucessório e patrimonial.

A holding familiar visa à proteção do patrimônio dos sócios, uma melhor administração dos bens que compõem a sociedade, bem como evitar as discordâncias familiares, entre tantas outras questões. Assim, a holding como uma forma de planejamento patrimonial projeta-se na criação de uma pessoa jurídica que controlará o patrimônio que antes ficavam em nome de pessoas físicas.

Os bens não são atingidos diretamente, salvo em situações extremas que possam resultar na desconsideração da personalidade jurídica, de maneira que, na holding, o que se torna

⁵ MOURA, Dionni A. de; VALDERRAMOS, Leandro; GOIS, Fabio M. G. de. **Holding**: um instrumento para os planejamentos familiar, patrimonial, sucessório e tributário. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário Euripides de Marília - UNIVEM, Marília, 2014, p. 10. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1054/O%20TCC%20Integrado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 nov. 2022.

⁶ LODI, Edna Pires.; LODI, João Bosco. **Holding**. 4 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012, p. 01.

⁷ OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, a administração corporativa e unidade estratégica de negócios**: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2010, p. 18.

⁸ BRIDA, Samuel de. **Planejamento patrimonial e sucessório**: a utilização da holding como ferramenta no processo de organização patrimonial e sucessão empresarial. 2013, p. 24.

⁹ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017, p. 12. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/200736>. Acesso em: 01 nov. 2022.

passível de apropriação de terceiros são os seus frutos e rendimentos, não as quotas sociais¹⁰

Assim, é possível estabelecer que a holding possui vantagens na proteção contra terceiros, contra fracassos amorosos, tendo em vista o enorme número de divórcios, sendo também muito utilizada para o desenvolvimento e otimização dos negócios.

Outra vantagem que pode ser auferida, é a redução da carga tributária dos rendimentos que são lucrados com a locação, compra e venda de imóveis, em virtude de que a tributação que antes ocorreria em relação a pessoa física agora passa a ocorrer na pessoa jurídica, em razão da disposição dos bens na sociedade empresarial.

No que tange ao planejamento tributário, de acordo com Oliveira é:

Uma forma lícita de reduzir a carga fiscal, o que exige alta dose de conhecimento técnico e bom-senso dos responsáveis pelas decisões estratégicas no ambiente corporativo. Trata-se do estudo prévio à concretização dos fatos administrativos, dos efeitos jurídicos, fiscais e econômicos de determinada decisão gerencial, com o objetivo de encontrar a alternativa legal menos onerosa para o contribuinte¹¹

Portanto, possui também a finalidade de economia fiscal através da redução de tributos ou de sua exclusão, principalmente quanto ao imposto sobre transmissão de bens imóveis (ITBI), imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD) e o imposto renda (IR).

Além disso, há ainda o benefício fiscal quanto ao retorno dos lucros e dividendos dos sócios, uma vez que não sofreram a tributação pelo imposto de renda, conforme disposto na Lei n. 9.249/1995. Isso devido ao fato que “se tem como lucro os rendimentos resultantes do capital investido na sociedade, o qual pertence aos seus proprietários, ou seja, os quotistas – quando a sociedade holding for limitada”¹².

Uma holding possui diversas vantagens além dos tributários, “os quais se somam às vantagens fiscais ora investigadas, o que incrementa o rol de justificativas para sua adoção”. Essas vantagens podem ser quanto: à unidade administrativa, a estrutura empresarial, a contenção de conflitos sucessórios, a proteção contra terceiros, e a distribuição de funções entre os sócios¹³.

¹⁰ TESSARI, Cláudio; MOREIRA, Fernanda da R. Holding Familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista Síntese**. RDF, nº 107, Abr/Maio, 2018, p. 16. Disponível em: http://ctessari.adv.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo_holding-familiar_constituicao-e-manutencao_UniRitter-2017-CT-e-Fernanda-da-Rosa-Moreira-1.pdf. Acesso em: 01 nov. 2022.

¹¹ OLIVEIRA, Matheus A. C. de. Holding Familiar no Brasil: ação legítima ou fraude ao direito de sucessões? In: **Brasil Escola**, 2004, p. 38. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/holding-familiar-no-brasil-acao-legitima-ou-fraude-ao-direito-sucessoes.htm#indice_1. Acesso em: 01 nov. 2022.

¹² TESSARI, Cláudio; MOREIRA, Fernanda da R. Holding Familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista Síntese**. 2018, p. 21.

¹³ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 14.

2. NOÇÕES DOS TRÂMITES DA SUCESSÃO E SUA TRIBUTAÇÃO

O patrimônio construído por alguém ao longo de sua vida é a representação de seu trabalho e esforço, porém, como os humanos são criatura finitas, a sua morte causa a desvinculação de suas posses ao seu nome, iniciando desta forma a sucessão.

Para que seja possível que o titular disponha dos bens de maneira plena, é necessário instaurar um processo de inventário, que busca determinar o quinhão hereditário de cada herdeiro, bem como fixa a possibilidade de negociação dos bens.

O processo de inventário é regido pelas normas do Código Civil e Código de Processo Civil e está sujeito a incidência do imposto de transmissão causa mortis ou doação (ITCMD), o qual é de competência Estadual.

Nos processos de sucessão há incidência de tributos sobre a transmissão de bens *inter vivos* ou *causa mortis* e doação. Sobre a transmissão *inter vivos* há incidência de ITBI (Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis) e no por *causa mortis* e doação a incidência de ITCMD (Imposto sobre Transmissão *Causa Mortis* e Doação). Conforme inciso II do artigo 156 da Constituição Federal, compete aos municípios instituir impostos sobre a “transmissão *inter vivos*, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis.

[...]

De acordo com a Constituição Federal no inciso I, do artigo 155, compete aos Estados e ao Distrito Federal a regulamentação da cobrança do ITCMD¹⁴.

No Estado do Paraná, por exemplo, tal tributo é regulado pela Lei nº 18.573/2015 e pela Resolução Sefa nº 1.527/2015, que estabelecem as regras, delimitam o fato gerador, a base de cálculo e suas alíquotas. Conforme consta da Lei nº 11.441/07 e do Código de Processo Civil em seu artigo 610, o inventário pode ser feito via extrajudicial, quando estará sujeito aos custos do cartório, ou judicial, quando deverá haver o pagamento de taxa judiciária.

Segundo Schann,

O trâmite judicial inicia-se com a petição inicial, via advogado, quando se elencam os herdeiros e os bens a partilhar e se faz um esboço da partilha, iniciando-se o processo judicial. Diversos eventos processuais e familiares podem ocorrer até a estabilização do rol de herdeiros e bens¹⁵.

Sendo assim, após a realização desse trâmite legal, será realizada a avaliação dos bens e cálculos de tributos, uma vez que o advogado enviará formulário eletrônico à Receita Estadual contendo todas as informações. Para o processo de inventário extrajudicial, o procedimento é

¹⁴ BRIDA, Samuel de. **Planejamento patrimonial e sucessório**: a utilização da holding como ferramenta no processo de organização patrimonial e sucessão empresarial. 2013, p. 30-31.

¹⁵ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 26.

idêntico, todavia, ao invés de o advogado enviar o formulário à Fazenda Estadual, esse envio é feito pelos tabelionatos.

O valor que será gasto irá variar conforme a modalidade de processamento escolhido, bem como quanto a avaliação dos bens pela Fazenda Pública, não importando nesse caso o regime societário adotado pela holding patrimonial familiar. É importante salientar que o valor que será devido à Receita Estadual acerca dos processos sucessórios (judicial e extrajudicial) se embasará conforme características informadas. Schaan afirma que:

[...] parte das informações declaradas pelo advogado ou tabelionato no formulário eletrônico enviado. Tomando as características informadas, estabelece o valor dos bens, títulos e créditos, retira o valor referente à eventual meação (sobre a qual não incide ITCD) e à eventual legado disposto em testamento¹⁶.

O valor será partilhado entre os herdeiros, e de acordo com o quinhão de cada um. Cabe salientar, que para uma holding patrimonial familiar ser ferramenta válida e hábil para o que se propõe, essa deverá observar “a licitude dos atos ou negócios jurídicos relacionados”¹⁷, além de que atenda a função social do contrato, vedados abusos a lei e fraudes, e principalmente se valer da boa-fé.

Conforme a legislação, nota-se que o valor do processamento do inventário varia de acordo com a opção entre a via judicial ou extrajudicial, e ainda, com o valor da causa, que é auferido pela Fazenda Pública através da avaliação dos bens. Ou seja, independe do tipo societário adotado para a holding patrimonial familiar.

Comumente, os processos judiciais incorrem no valor da Taxa Judiciária, o qual é regulamentado pela Lei Estadual nº 14.595/2004 que atualizou a antiga Lei nº 6.149/1970 e também pelo Decreto nº 688/2019. O valor da taxa, é atualizado pelo Índice nacional de Preço ao Consumidor Amplo – IPC-A, e é cobrado de acordo com o valor da ação, estando disponível para consulta online no endereço eletrônico do Tribunal de Justiça do Paraná.

De outro modo, caso o processo ocorra de maneira extrajudicial esse estará sujeito aos emolumentos dos serviços notariais e de registro, os quais têm seu valor regulado pela Lei Estadual nº 6.149/70, a qual sofreu edição pelas Leis Estaduais nº 20.948/2021 e 20.504/2020.

Ainda, conforme Schaan, o planejamento através da via extrajudicial possibilita a doação de cotas/ações da holding aos herdeiros com reserva de usufruto. Tal alternativa possui uma

¹⁶ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 29-30.

¹⁷ TESSARI, Cláudio; MOREIRA, Fernanda da R. Holding Familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista Síntese**. 2018, p. 24.

vantagem quando a redução da taxa judiciária, uma vez que se feito a doação em vida antes do inventário, o patrimônio a se partilhar não será em sua totalidade, mas apenas aqueles que ainda estão em propriedade do de cujus. Assim, a taxa judiciária, que é calculada sobre a avaliação dos bens, realizada pela Receita Estadual, terá significativa redução, pois o patrimônio será reduzido¹⁸.

Como foi dito, a sucessão é o momento em que ocorre a transmissão do patrimônio do autor da herança, o qual é alcançado pelo imposto sobre transmissão causa mortis e doação (ITCMD), sendo de competência Estadual e do Distrito Federal, nos termos do artigo 155, inciso I e § 1º da Constituição Federal, sendo devido tanto por pessoa física quanto jurídica que receba qualquer bem ou direito decorrentes da morte ou doação, tendo como base de cálculo o valor avaliado pela Fazenda Pública Estadual.

Em se tratando de um imposto de competência estadual, cada Estado possui uma lei específica que define questões quanto a abrangência, alíquota, recolhimento, forma de apuração, entre outros. No Estado do Paraná a previsão legal se encontra respaldada na Lei nº 18.573/2015, que dispõe como fato gerador do ITCMD.

Assim, o ITCMD incide sobre a sucessão legal, por meio da doação do sucedido aos sucessores. Atualmente, no Estado do Paraná, a alíquota está fixada em 4% sobre o valor do bem, em todas as operações, conforme o artigo 12 da Lei nº 8.927/88. Ademais, a base de cálculo do ITCMD é o valor venal dos bens ou direitos ou o valor do título ou crédito, transmitidos ou doados, apurados mediante avaliação procedida pela Fazenda Pública Estadual. Em casos de transmissão de direito real parcial, como por exemplo a doação com reserva de usufruto, a base de cálculo será à metade do valor total do bem, correspondendo o valor à sua propriedade separada daqueles direitos.

Assim, os elementos identificados e analisados até o momento, serão analisados à luz de um caso hipotético.

4. ESTUDO DE CASO

Conforme já salientado, o foco do caso será direcionado a holding patrimonial familiar, quando a variação de valores que incorrem a sucessão de um casal ao se utilizar de tal ferramenta como forma de planejamento tributário.

O tipo de sociedade que será analisada é a sociedade limitada, prevista no Código Civil (arts. 1052 e seguintes). Ademais se analisará a tributação sob destaque do ITCMD e os custos

¹⁸ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 28-30.

relativos ao processamento de um inventário que tenha no seu rol de bens uma holding patrimonial em comparação à tributação e os custos quanto aos bens que forem arrolados diretamente na partilha. Se analisará também, a diferença entre trazer os bens diretamente no inventário em comparação aos que constam diretamente no patrimônio da holding.

Para isso, criaremos um caso hipotético de planejamento da sucessão de um casal sob regime da comunhão parcial de bens com dois filhos e um patrimônio comum avaliado em 40 milhões de reais, sendo composto por 20 (vinte) imóveis no valor de 2 (dois) milhões de reais cada. Se adotou propositalmente esse valor, para evitar qualquer hipótese de isenção do ITCMD.

Nos casos, tratam-se de duas sucessões seguidas, a primeira é a de um cônjuge sobrevivente, o qual receberá meação, sobrando aos filhos a totalidade do patrimônio. A segunda, é a do mesmo cônjuge sobrevivente apenas aos filhos, sendo a parte correspondente ao patrimônio que recebeu como meação, isto é. Metade do patrimônio da primeira sucessão.

Assim, o caso 01 trata-se de um inventário judicial, sem a utilização de uma sociedade holding, com os bens registrados em nome do casal, e sendo todos esse à partilhar.

Na primeira sucessão, o patrimônio total é de 40 milhões de reais composto por 20 imóveis no valor de 2 milhões de reais cada. Tendo em vista o regime de casamento ser comunhão parcial e os bens serem comuns, o cônjuge sobrevivente possui o direito a meação, ou seja, metade do patrimônio (20 milhões de reais), sendo a outra metade dividida entre os filhos (R\$ 10 milhões cada). A alíquota aplicável do imposto de transmissão causa mortis e doação é de 4% sobre o valor de cada quinhão. O valor do tributo devido é de 800 mil reais (4% sobre cada quinhão de 10 milhões de reais, resulta em 400.000 mil reais e há 2 quinhões).

Além disso, por se tratar de uma ação judicial, se incorrerá na taxa judiciária, a qual é calculada sobre o valor do monte partilhável. O Tribunal de Justiça do Paraná, através do Decreto Lei nº 688 de 2019, previu no Artigo 1º o valor da taxa judiciária. No caso hipotético, haverá a incidência das alíneas a, b, c e d, por ser o valor superior a 200.000 mil reais, assim o valor da taxa judiciária será de R\$ 983,08 reais (novecentos e oitenta e três reais com oito centavos).

Encerrado o ato, há o registro dos bens em nome do cônjuge sobrevivente e dos herdeiros. O custo do registro de imóveis varia conforme o valor do imóvel. No caso, todos têm um custo de registro limitado ao valor máximo da tabela de emolumentos (pois o imóvel tem valor superior a última faixa da tabela de emolumentos), correspondente à R\$ 4.312,00, totalizando R\$ 86.400,00 para o total dos bens partilhados (20 imóveis).

O valor total para a primeira sucessão do caso 01 é de aproximadamente R\$ 887.223,08.

A segunda sucessão, no caso do cônjuge sobrevivente, terá custos semelhantes, perfazendo o montante de R\$ 844.103,08, isso porque a diferença é tão somente quanto a

quantidade de bens que serão levados a registro, o que será determinado pelo tipo de partilha a cada herdeiro.

Dessa forma, as duas sucessões do caso 01 terão um custo aproximado de R\$ 1.731.326,16.

Partindo-se para a análise do segundo caso, nesse será tratado a constituição de uma sociedade holding com a função de ser proprietária do patrimônio do casal, ou seja, servirá de repositório dos bens. Cabe ressaltar, que a sociedade somente terá essa função, não usando tais bens para exploração econômica.

O artigo 156, § 2, inciso I, da Constituição Federal, breve que a integralização do capital social da sociedade é isento do imposto de transmissão de bens imóveis (ITBI). Todavia, a troca da titularidade dos bens para a pessoa jurídica terá o custo no Registro de Imóveis. Esse valor será de R\$ 4.312,00 por imóvel (totalizando R\$ 86.240,00), os quais serão registrados em nome da empresa. Essa troca de titularidade dos bens tende a ser a última, uma vez que os imóveis passam a ser representados por cotas ou ações das sociedades.

O valor do patrimônio que se inventariar não haverá alteração, o que se altera é a natureza, pois deixa ser constituído pelo rol de bens imóveis para ser constituído apenas pela participação societária do casal na holding.

Assim, na primeira sucessão deverá constar o total de quotas que o casal possuir (20 quotas no valor de 2 milhões cada), enquanto que na segunda, apenas a fração recebida como meação pelo cônjuge sobrevivente pelo primeiro inventário (10 quotas no valor de 2 milhões cada).

O ITCMD não sofrerá alterações, pois os valores serão iguais ao caso anterior. Alcançará, portanto, o valor de R\$ 800 mil reais para cada sucessão, como anteriormente. Quanto a taxa judiciária, também não haverá mudança de valor, pois sua base continua sendo o valor dos bens. Em cada uma das sucessões terá o valor de R\$ 983,08.

Assim, na alternativa apresentada para o caso 02, o custo total envolvido com as duas sucessões chegará aproximadamente ao valor de R\$ 1.688.216,16.

Há uma diferença, de R\$ 43.110,00, devido a desnecessidade de alteração das titularidades dos imóveis após os inventários. Enquanto no primeiro caso, após cada sucessão houve alteração no Registro de Imóveis, no segundo caso houve antecipação do custo de transferência da titularidade para antes da sucessão, inexistindo nova alteração no Registro de Imóveis após cada um dos inventários.

Assim, resumidamente, no caso 01 há a situação em que as partes arcam com os custos relativos ao registro de imóveis, taxas judiciária e alíquotas do ITCMD após cada sucessão. Já o segundo caso, verifica-se a vantagem obtida através do uso de uma holding patrimonial familiar, uma vez que se faz desnecessário após cada sucessão, o registro no Cartório de Imóveis, já que os bens estão em nome da holding, não sendo necessária alteração com o inventário.

Conforme foi vislumbrado por meio dos casos expostos anteriormente, destaca-se as holdings patrimoniais como uma das vantagens de organizar e administrar os bens e direitos do contratante, pois é notório a redução de custos tributários “tanto no que toca ao resultado econômico-financeiro da administração e da eventual alienação dos bens como em relação à transferência do patrimônio para os sucessores”¹⁹ (PIRES, 2021).

Sendo assim, fica evidenciado que o planejamento sucessório conta com a redução de impostos, refletindo não somente em uma transferência de patrimônio, mas também em sua valorização e perenidade. Em outras palavras, o planejamento sucessório é sinônimo de proteção do patrimônio e do aspecto financeiro.

A constituição de uma holding não serve apenas para proteger o patrimônio familiar, mas também é utilizada para o desenvolvimento de negócios, servindo para a condução otimizada dos negócios, criando-se um valioso instrumento, que conforme o interesse de seus sócios., pode funcionar para a sua expansão, concentração, diversificação, dentre outros²⁰.

Schaan descreve, de maneira categórica, cinco aspectos vantajosos do planejamento sucessório e tributário e suas vantagens, vejamos:

A primeira vantagem, destaca o autor, diz respeito à estrutura empresarial. Pode-se adotar uma estrutura multisocietária, permitindo descentralização administrativa ou adotar uma estrutura unitária, valendo-se da centralização. Também pode-se preparar a empresa para o ingresso de novas gerações²¹.

A segunda vantagem trata-se da unidade administrativa, “segundo o qual a holding pode funcionar como a centralizadora administrativa e de comando de um grupo de empresas

¹⁹ PIRES, Marcos. **Aspectos Tributários do Planejamento Patrimonial e Sucessório**. 2021. Disponível em: <<https://ppf.adv.br/aspectos-tributarios-do-planejamento-patrimonial-e-sucessorio/>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

²⁰ MOURA, Dionni A. de; VALDERRAMOS, Leandro; GOIS, Fabio M. G. de. **Holding**: um instrumento para os planejamentos familiar, patrimonial, sucessório e tributário. 2014, p. 60.

²¹ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 14.

operacionais”. “Nela residiria o centro de planejamento e decisões, dando ao grupo unidade”²². Como terceiro aspecto, destaca-se a contenção de conflitos familiares.

Quanto ao quarto aspecto vantajoso, diz respeito à distribuição de funções, “segundo o qual, existindo uma holding em determinada sucessão, os herdeiros são colocados em igualdade de condições, como sócios. As funções podem ser distribuídas independentemente da relação familiar”²³. Nesse sentido, a remuneração dos sócios mantém-se pela distribuição dos dividendos, proporcional à participação de cada um.

O quinto e último aspecto e destacado pelo autor, é a proteção contra terceiros, a qual busca evitar “a fragmentação do controle das sociedade de que participa, dando expressão unitária a participações fragmentárias”²⁴.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após analisar a viabilidade de se constituir uma holding patrimonial familiar, constatou-se que trata-se de um instrumento empresarial surpreendente quantos aos seus aspectos de planejamento sucessório, tributário, e patrimonial, quanto a proteção contra terceiros, na contenção de conflitos familiares e, conseqüentemente, controle e soluções societárias.

A ideia de se constituir uma sociedade com o objetivo exclusivo de controlar as atividades de um único indivíduo ou de um grupo familiar está cada vez mais difundido na área empresarial. A própria expressão “holding, a qual foi abordada no trabalho, retrata o objetivo da sociedade, o qual é de ser possuidora de um conjunto patrimonial.

Em relação ao planejamento familiar, holding se torna um instrumento de impedimento de conflitos sucessórios como, o seguimento não planejado de provedores de uma família e gestores de uma empresa ou grupo empresarial podendo evitar desta forma, a desintegração do negócio devido a conflitos entre herdeiros pelo comando societário.

No que se refere ao planejamento patrimonial, a constituição de uma holding resulta em mecanismos que protegem o patrimônio, melhorando, desenvolvimento e otimizando os negócios familiares, protegendo contra terceiros, e contra fracassos amorosos esse, tendo em vista o crescente aumento no número de divórcios.

²² SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 14-15

²³ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 15-16.

²⁴ SCHAAN, Gabriel Brandelli. A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD. 2017, p. 16-17.

A questão-problema relativo ao custo financeiro quanto à transmissão de bens e à possibilidade de sua redução, através de um planejamento sucessório e tributário por meio do uso de uma holding patrimonial familiar, é viável. Restou comprovada a hipótese de que há meios lícitos que permitem incorrer em menores custos na gestão da sucessão patrimonial familiar, na qual as sociedades anônimas e empresas limitadas se efetivam bem diante de tais hipóteses.

Nesse sentido, se faz necessário enfatizar diante dos casos analisados, que o benefício dos custos quanto ao Registro de Imóveis é crescente na proporção do aumento do número de sucessões que se concretizarão sob o uso da sociedade holding, uma vez que não se faz a alteração do titular do bem no Registro de Imóveis, fazendo-se essa apenas internamente na sociedade.

Conclui-se o presente artigo, ressaltando que a constituição de uma holding gera inúmeros benefícios e vantagens para uma empresa ou um grupo econômico, apresentando-se como um instrumento marcante para o crescimento da sociedade e, conseqüentemente, para as pessoas que estão impactadas direta ou indiretamente pela atividade econômica, pois viabiliza uma melhor organização familiar, melhora o desempenho das atividades, capacita os membros familiares e colaboradores que trabalham nela, concorre para a proteção patrimonial, facilita o processo sucessório, gerando economia fiscal e redução de custos.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966**. Código Tributário Nacional, 1966.

BRASIL. **Lei 6.404 de 15 de dezembro de 1976**. Disõe sobre Sociedades por Ações.

BRASIL. **Lei 9.249 de 26 de dezembro de 1995**. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido.

BRASIL. **Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil.

BRASIL. **Lei 11.441 de 4 de janeiro de 2007**. Altera dispositivos da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo, possibilitando a realização de inventário, partilha, separação consensual e divórcio consensual por via administrativa.

BRASIL. **Lei 13.105 de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL, Banco Central do. Resolução n 469, de 7 de abril de 1978.

BRIDA, Samuel de. **Planejamento patrimonial e sucessório**: a utilização da holding como ferramenta no processo de organização patrimonial e sucessão empresarial. Trabalho de

Conclusão de curso. Curso de Ciências Contábeis, Universidade do Extremo Sul Catarinense - UNESC, Criciúma, 2013, p. 22. Disponível em: <http://repositorio.unesc.net/handle/1/1851>. Acesso em: 01 nov. 2022.

HOUAISS. **Dicionário eletrônico Houaiss da língua portuguesa**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

LODI, Edna Pires.; LODI, João Bosco. **Holding**. 4 ed. São Paulo: Cengage Learning, 2012.

MOURA, Dionni A. de; VALDERRAMOS, Leandro; GOIS, Fabio M. G. de. **Holding**: um instrumento para os planejamentos familiar, patrimonial, sucessório e tributário. Trabalho de Conclusão de Curso – Centro Universitário Euripedes de Marília - UNIVEM , Marília, 2014, p. 10. Disponível em: <https://aberto.univem.edu.br/bitstream/handle/11077/1054/O%20TCC%20Integrado.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 01 nov. 2022.

OLIVEIRA, Djalma de Pinho Rebouças de. **Holding, a administração corporativa e unidade estratégica de negócios**: uma abordagem prática. São Paulo: Atlas, 2010.

OLIVEIRA, Matheus A. C. de. Holding Familiar no Brasil: ação legítima ou fraude ao direito de sucessões? *In*: **Brasil Escola**, 2004. Disponível em: https://monografias.brasilecola.uol.com.br/direito/holding-familiar-no-brasil-acao-legitima-ou-fraude-ao-direito-sucessoes.htm#indice_1. Acesso em: 01 nov. 2022.

PARANÁ (Estado). **Lei 6.149 - 09 de Setembro de 1970**. Dispõe sobre o Regime de Custas dos atos judiciais.

PARANÁ (Estado). **Lei 8.927**, de 28 de dezembro de 1988. Imposto sobre a transmissão causa mortis e doação de quaisquer bens ou direitos.

PARANÁ (Estado). **Lei n. 14.595/04**, Súmula: Autoriza o Presidente do Tribunal de Justiça a atualizar o valor da Taxa Judiciária

PARANÁ (Estado). **Lei 18.573 de 30 de setembro de 2015**, Instituição do Fundo Estadual de Combate à Pobreza do Paraná, disposição quanto ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação de Quaisquer Bens ou Direitos, e adoção de outras providências.

PARANÁ (Estado). **Lei 20.948, 23 de dezembro de 2021**. Atualiza o valor de referência de custas – VRC.

PARANÁ (Estado). **Decreto Judiciário nº 6.88 de 10 de dezembro de 2019**.

PARANÁ (Estado). **Resolução SEFA n. 1.527, de 21 de dezembro de 2015.** Regulamenta a Lei nº 18.573, de 30 de setembro de 2015, que institui o Imposto de Transmissão "Causa Mortis" e Doações de quaisquer Bens ou Direitos - ITCMD.

_____. **Projeto de Lei 506/2020.** Disponível em: <<http://portal.assembleia.pr.leg.br/index.php/pesquisa-legislativa/proposicao?idProposicao=93248>>. Acessado em: 21 de janeiro de 2022.

PIRES, Marcos. **Aspectos Tributários do Planejamento Patrimonial e Sucessório.** 2021. Disponível em: <<https://ppf.adv.br/aspectos-tributarios-do-planejamento-patrimonial-e-sucessorio/>>. Acesso em: 03 nov. 2022.

SCHAAN, Gabriel Brandelli. **A holding patrimonial familiar e a possibilidade ou não de redução de custos na sucessão por inventário no Rio Grande do Sul sob alíquota progressiva do ITCD.** Trabalho de Conclusão de Curso, Universidade Federal Do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2017. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/200736>. Acesso em: 01 nov. 2022.

TESSARI, Cláudio; MOREIRA, Fernanda da R. Holding Familiar: uma alternativa segura de proteção patrimonial, planejamento sucessório e tributário. **Revista Síntese.** RDF, nº 107, Abr/Maio, 2018. Disponível em: http://ctessari.adv.br/wp-content/uploads/2016/09/artigo_holding-familiar_constituicao-e-manutencao_UniRitter-2017-CT-e-Fernanda-da-Rosa-Moreira-1.pdf. Acesso em: 01 nov. 2022.

ANEXOS

TABELA 1 – ANEXO A

Sem EPR. Casal com 2 filhos. Patrim.: 10 imóveis de 2milhões. Sucessão 1													
Custos pré sucessão	Qnt Bens	Valor por Imóvel	Monte total	Meação	Monte Partilhável	Quinhão (2 filhos)	Aliq.	ITCD por Quinhão	ITCD Total	Taxa Judiciária	Tabelionato	RI	Custo Total
X	20	2.000.000	40.000.000	20.000.000	20.000.000	10.000.000	4%	400.000	800.000	983,08	X	86.400	R\$ 887.223,08
Sem EPR. Casal com 2 filhos. Patrim.: 10 imóveis de 2milhões. Sucessão 2													
Custos pré sucessão	Qnt Bens	Valor por Imóvel	Monte total	Meação	Monte Partilhável	Quinhão (2 filhos)	Aliq.	ITCD por Quinhão	ITCD Total	Taxa Judiciária	Tabelionato	RI	Custo Total
X	10	2.000.000	20.000.000	X	20.000.000	10.000.000	4%	400.000	800.000	983,08	X	43.120	R\$ 844.103,08
Total do Inventário do casal sem EPR													
X					X	X		X	1.600.000	1966,16	X	129.520	R\$ 1.731.486,16
Com EPR. Casal com 2 filhos. Patrim.: 1 EPR avaliada em 40 milhões (detém 20 imóveis) dividida em 20 quotas. Sucessão 1													
Custos pré sucessão	Qnt Bens	Valor por Imóvel	Monte total	Meação	Monte Partilhável	Quinhão (2 filhos)	Aliq.	ITCD por Quinhão	ITCD Total	Taxa Judiciária	Tabelionato	RI	Custo Total
86.240	20	2.000.000	40.000.000	20.000.000	20.000.000	10.000.000	4%	400.000	800.000	983,08	X	X	R\$ 887.223,08
Com EPR. Casal com 2 filhos. Patrim.: 1 EPR avaliada em 40 milhões (detém 20 imóveis) dividida em 20 quotas. Sucessão 2													
Custos pré sucessão	Qnt Bens	Valor por Imóvel	Monte total	Meação	Monte Partilhável	Quinhão (2 filhos)	Aliq.	ITCD por Quinhão	ITCD Total	Taxa Judiciária	Tabelionato	RI	Custo Total
X	10	2.000.000	20.000.000	X	20.000.000	10.000.000	4%	400.000	800.000	983,08	X	X	R\$ 800.983,08
Total do Inventário do casal com EPR													
86.240									1.600.000	1966,16	X	X	R\$ 1.688.206,16

LIBERDADE DE EXPRESSÃO VERSUS DESINFORMAÇÃO

FREEDOM OF EXPRESSION VERSUS MISINFORMATION

Nathália Debiasi Salvi¹

Franco Scortegagna²

RESUMO

É incontestável que as redes sociais tornaram a comunicação mais fácil e acessível, porém os usuários estão expostos ao mecanismo dos algoritmos o qual tem entre suas funções a criação de bolhas de pensamento único. Dentro desses *clusters* homogêneos, a sociedade está cada dia mais vulnerável a receber desinformação, entendê-la como verdade e, inclusive, disseminá-la. Tudo isso cria um enorme risco à democracia e entender os limites da liberdade de expressão, por meio da educação midiática, é o caminho para a superação dessas adversidades hodiernas.

PALAVRAS-CHAVE: Liberdade de expressão; *Fake news*; Eleição; Algoritmo; Política.

ABSTRACT

It is undeniable that social networks have made communication easier and more accessible, but users are exposed to the mechanism of algorithms, which has among its functions the creation of unique thought bubbles. Within these homogeneous clusters, society is increasingly vulnerable to receiving misinformation, understanding it as truth and even disseminating it. All this creates a huge risk to democracy and understanding the limits of freedom of expression, through media education, is the way to overcome these current adversities.

KEY-WORDS: Freedom of expression; Fake news; Election; Algorithm; Policy.

INTRODUÇÃO

A Era Digital foi um divisor de águas no Brasil e no mundo. As pessoas podem, hoje, se comunicar de modo rápido e acessível. Entretanto, o universo virtual trouxe óbices complicados de serem superados, sobretudo, a desinformação.

¹ Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. E-mail 180721@upf.br. Lattes <http://lattes.cnpq.br/7680571421244766>

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. E-mail: fsortegagna@upf.br Lattes <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

À vista disso, a liberdade de expressão começou a ser questionada e alguns limites lhe foram impostos a fim de preservar os internautas em um aspecto coletivo.

Através de método de abordagem dedutivo e de procedimento bibliográfico, este resumo tem o desiderato de despertar reflexões sobre a temática, inclusive, em relação às eventuais consequências na democracia e, também, encontrar soluções para esse confronto (liberdade de expressão *versus* desinformação) que, *prima facie*, parece ser impossível.

Dessa maneira, será abordado sobre a dinâmica da pós-verdade (inteligência artificial, algoritmos, bolhas de pensamento único), a propagação célere das *fake news*, o equilíbrio entre dois direitos fundamentais e as soluções plausíveis.

1. A GERAÇÃO *TOUCH* DENTRO DA BOLHA

O avanço tecnológico trouxe à sociedade diversas comodidades e possibilidades que, indiscutivelmente, influenciaram na comunicação e no acesso à informação. No entanto, é imperioso esclarecer, logo de início, que as redes sociais são proativas, ou seja, elas não esperam para serem utilizadas, elas induzem e manipulam os usuários a atualizarem a página, a clicarem em um perfil, a entrarem em um site, a compartilharem tal publicação, etc.

De modo proporcional, quanto mais os anos passam, mais as pessoas “gastam” seu tempo nos meios de interação virtuais. No mundo atual, crianças já estão conectadas aos *smartphones*, assistindo vídeos no *YouTube* e jogando em aplicativos, *verbi gratia*.

Esse vício eletrônico é um problema, pois quanto mais tempo se permanece *online*, mais as empresas de tecnologia ganham dinheiro com os internautas. Não é à toa que empresas como o Google e o Facebook disparam conteúdos que são do interesse do usuário para prendê-lo ao celular. Infelizmente, o tempo e a atenção das pessoas viraram produtos que, assim como qualquer outro, podem ser vendidos, comprados e, inclusive, manipulados.³

Os algoritmos e os *bots* (robôs), juntamente com a inteligência artificial, traçam o perfil de cada usuário e criam uma reputação digital para cada um. Por meio das reações (curtidas, comentários, compartilhamentos) e, também, da quantidade de tempo que se permanece em cada *post*, eles sabem qual tênis a pessoa quer comprar, quem são os amigos mais próximos, quando uma imagem provoca tristeza ou felicidade e, até mesmo, qual é o pensamento político do internauta.

³ O dilema das redes. Direção de Jeff Orlowski. Estados Unidos da América: Exposure Labs, 2020. Netflix (94 min).

Dentro desse sistema, os usuários recebem informações específicas e, por vezes, planejadas com o desígnio de se elevar o “desperdício” de tempo nas plataformas virtuais, uma vez que há empresas mundiais se beneficiando do bem mais precioso da vida: o tempo. Nesse contexto,

[...] quem paga escolhe o que quer divulgar e, neste caso, o que se pretende é justamente ter o poder de escolha sobre o tipo de conteúdo a ser fornecido ao público. Aliás, muitas vezes, o que se pretende é escolher o tipo de conteúdo a ser *escondido* do público.⁴

Isso tudo se enfatiza quando o assunto é política e eleições, mormente nacionais, recebendo, cada cidadão, um tipo de informação. Por exemplo, se Milena compactua com uma ideologia política (salientando que a inteligência artificial sabe disso), enviarão informações que se enquadrem com a opinião dela.

Por outro lado, Karine, pessoa que tem uma visão política divergente do pensamento de Milena, somente receberá informações que vão ao encontro do que ela, Karine, acredita. Assim, criam-se bolhas de pensamento único, contrárias ao diálogo, conversas, debates políticos, mas repletas de mensagens agressivas, belicosas e divisionistas, atitudes essas muito evidentes nas eleições presidenciais de 2022.

Já que a todo momento se está conectado a notícias e informações, surge o desprezo pelo saber acumulado e organizado (ciência), acrescido de argumentos rasos e simplórios, crenças religiosas e políticas (ainda mais estimuladas pelos *clusters* homogêneos) e opiniões pessoais que obstaculizam o entendimento de teses já firmadas há décadas, como as suposições da esfericidade do planeta Terra, do aquecimento global e da evolução humana.⁵

Durante a pandemia da Covid-19, essas ideias infundadas tornaram o momento mais caótico do que já era, pois foi criada uma onda de críticas e incredulidade em torno da vacinação.

A divisão em grupos de pensamento único, através desse sistema retromencionado, faz os cidadãos acreditarem em tudo o que estão lendo e transmitindo e, quando pessoas de perfis diferentes se reúnem (Milena e Karine), há o conflito de ideias, onde nenhum aceita a opinião contrária, ora, se recebo todos os dias, nas redes sociais, notícias que reafirmam minhas convicções, como alguém é capaz de vir me dizer o contrário? Respondemos. É porque essa pessoa se encontra dentro da própria bolha cujas informações podem ser completamente divergentes das suas.

⁴ CRUVINEL, Diogo Mendonça. *Fake news* e o custo da informação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.165-181. p.179.

⁵ BLANCO, Patricia. Educação no combate à desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.217-224. p. 220.

Essa máquina de domínio intelectual leva a crer que “a repressão é condição do totalitarismo: quem não sabe o que quer, quer aquilo que lhe dizem que deve querer”⁶ e a situação se acentuou exponencialmente com a disseminação das famosas *fake news*, que encontraram, no mundo *online*, o ambiente mais propício para se expandirem e, portanto, contaminarem toda uma geração.

2. E SE TUDO FOSSE VERDADE?

Nas plataformas digitais, qualquer pessoa pode ser criadora de conteúdo digital e atingir uma quantidade de leitores tão expressiva quanto os canais jornalísticos mais renomados. A grande diferença está na responsabilidade e conhecimento, isto é, jornais como *New York Times*, CNN, Folha de São Paulo e O Globo possuem equipes de edição, revisão, redação, apuração, o que demonstra o capricho e cuidado que esses meios midiáticos têm em reproduzir notícias.

Como a informação deixou de ser exclusivamente espalhada de modo impresso, surge a propagação de desinformação por intermédio das bolhas sociodigitais. Nessa lógica, o maior perigo das notícias fraudulentas não é que elas mudam o seu jeito de pensar, é que elas se valem do seu jeito de pensar para alcançar interesses de terceiros, seja no âmbito político ou econômico.

As notícias falsas utilizam a escravidão intelectual dos internautas, enclausurados em suas bolhas, para instigar sentimentos e emoções tão fortes e impactantes a ponto de o receptor querer compartilhá-las imediatamente, sem sequer pensar na possibilidade de as mensagens serem inverídicas.

Voltando ao exemplo da corrida eleitoral, se Milena receber uma notícia que favoreça seu candidato, obviamente irá curtir, comentar, afirmando cada vez mais a ideologia de sua bolha. Também, se chegar até ela uma notícia, criticando e prejudicando a imagem do oponente, certamente, ela se sentirá instigada a compartilhar com seus amigos e familiares que se encontram no mesmo “grupo”. Isso acontece porque

o ato de colocar *fake news* em circulação é uma prova de engajamento de um impulsionador com a circulação do discurso no qual acredita (ou no qual gostaria que as pessoas acreditassem), uma ação política e social estimulada entre grupos de pontos de vista similares.⁷

⁶ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997. p.67.

⁷ CARVALHO, Eric de. O processo de circulação das *fake news*. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.351-361. p.354.

Nesse sentido, as *fake news* possuem um caráter sensacionalista com o intuito de, exatamente, fazer o receptor disseminá-las o quanto antes e para o maior número de pessoas possível, sendo certo que o exército que compartilha é tão vítima (ou até mais) do que quem as recebe.

Com o mecanismo dos “caça-cliques” (*clickbaits*), esse exagero das mensagens cresceu ainda mais, visto que aumenta a capacidade de atrair audiência e, inclusive, anunciantes para o *site* ou perfil. Essa busca a qualquer custo e insaciável leva os *sites* a divulgarem desinformações.

Ao longo dos anos, as notícias fraudulentas foram se aperfeiçoando de uma maneira assustadora. Essa desinformação pode ser de diversas formas: a mentira propriamente dita, inventada por inteiro; uma descontextualização, pegando falas de outra época e encaixando em um discurso atual; mensagem manipulada intencionalmente, comprometendo a opinião dos leitores; entre outras. Ademais, há as *deepfakes*, um mecanismo tão técnico e real que se torna quase impossível de um internauta “leigo” descobrir que está sendo enganado. Afinal, “diante de uma *deepfake*, imagine a dificuldade de convencer as pessoas de que devam acreditar no que você diz, e não no que os seus próprios olhos veem”.⁶

Uma das principais preocupações se encontra na celeridade que as *fake news* têm de se disseminarem pelo ambiente virtual, sendo que elas possuem “[...] 70% mais chances de serem *retweetadas* quando comparadas com notícias verdadeiras.”⁸, por consequência disso, os estragos são estrondosos.

Cabe gizar que, na seara da propaganda eleitoral, há uma norma positivada que evidencia o cunho ilícito das notícias falsas. Em consonância com o artigo 323 do Código Eleitoral, divulgar “fatos que **sabe** inverídicos, em relação a partidos ou candidatos e capazes de exercerem influência perante o eleitorado” (grifo nosso)⁹ acarreta pena de detenção de dois meses a um ano, ou pagamento de 120 a 150 dias-multas. Ademais, no parágrafo único do artigo sobredito, há uma agravante se o crime cometido for por intermédio da imprensa, rádio ou televisão.

Apesar de haver grande dificuldade em conseguir fiscalizar a propagação de *fake news*, ainda mais no ambiente *online*, esse dispositivo é imprescindível para que os agentes tenham a noção de que estão cometendo um crime e que podem ser penalizados por isso. Nesse liame,

⁸ RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. *Fake news, deepfakes e eleições*. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.25-52. p.31 e 47.

⁹ **Lei nº 4.737, de 5 de julho de 1965.** Site Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.737%2C%20DE%2015%20DE%20JULHO%20DE%201965.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Eleitoral.,9%20de%20abril%20de%201964.>>. Acesso em: 20 nov. 2022.

surge a necessidade de se elaborar normas genéricas sobre a desinformação, não só no momento eleitoral.

Mesmo com o art. 323, os crimes continuam a se perpetuar pelas redes sociais através de “governos com viés populista e manipulador, gerando confusão e estimulando a divisão ‘tribalista’ dos internautas, incluindo o recurso das *fakes news*”.⁶

É essencial que os receptores tenham uma postura ativa a fim de irem em busca da informação de qualidade em fontes confiáveis e seguras, tornando-se menos vulneráveis às inverdades disseminadas.

A desinformação é uma das ameaças mais pungentes à democracia hodierna e a capacidade de notar a própria ignorância pode ser o caminho para retomar a criticidade. Para isso, talvez seja melhor pensar “E se tudo for mentira?”.

3. A LIBERDADE CUSTA CARO

Como já referido, durante o pleito eleitoral, as notícias falsas ganham uma conotação enorme, já que os criadores de conteúdo se utilizam das emoções e sentimentos do receptor para fazê-lo crer em algo que, por vezes, é estupidamente falso.

O impasse, no que toca ao confronto da desinformação com a democracia contemporânea, levou o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) a tomar medidas restritivas e mandar excluir publicações fraudulentas, o que vem ocasionando sérias revoltas na população brasileira. Entretanto, essas são atitudes legítimas de combate à desinformação no período de eleições que não devem ser interpretadas como censura e perseguição. Vejamos.

No artigo 220 da Constituição Federal de 1988, está expresso que a “manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição [...]” e os incisos IV e IX do artigo 5º da Carta Magna vão ao encontro desse posicionamento.¹⁰

Após um período cruel de ditadura militar, é irretorquível que os cidadãos tenham o direito assegurado de defender opiniões e expor pensamentos. Contudo, em uma dimensão social e

¹⁰ **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022.

coletiva, a liberdade de expressão existe para que também se possa ouvir e obter informações, tanto da imprensa quanto dos nossos pares.¹¹

Faz-se mister sublinhar que essa liberdade, assim como qualquer outro direito, não é absoluta e que “[...] o Estado Democrático de Direito não se alinha com uma liberdade indiscriminada, pois as pessoas não possuem liberdade para causarem danos à coletividade a partir da disseminação de fatos mentirosos na *web*.”¹²

Os brasileiros podem e devem continuar expondo suas opiniões e ideias, desde que não contaminem o ambiente de desinformação ou ofendam os direitos da personalidade de outras pessoas.

Assim, os cidadãos devem ter honestidade e responsabilidade na hora de criarem e compartilharem conteúdos, pois a “liberdade é um valor, mas pode ser um entrave se necessitamos de um empreendimento comum que, por vezes, pode prejudicar alguns em benefício de todos”.¹³

É manifesto que dar ao Estado o controle do conteúdo não é a forma mais saudável de combater a desinformação. Porém, já que não há nenhuma legislação expressa para balizar essas ações do Estado, a Justiça Eleitoral teve de sopesar esses dois direitos fundamentais (a liberdade de expressão e o acesso à informação de qualidade), durante a corrida eleitoral do presente ano. Essa tarefa não foi nada fácil, pois

se de um lado deve proteger a liberdade individual e intervir somente em casos específicos (privilegiando a dimensão individual da liberdade de expressão), por outro deve impedir que a esfera pública seja contaminada por desinformação (protegendo a dimensão social da liberdade de expressão).⁹

Em conformidade com o artigo 19 do Marco Civil da Internet de 2014, os provedores só poderão remover uma publicação quando houver ordem judicial, *i.e.*, o dispositivo preza pela liberdade de expressão e impedimento da censura.¹⁴ É óbvio que a exclusão de conteúdos provocada por meras denúncias ou notificações extrajudiciais poderia ensejar uma “censura

¹¹ GOLTZMAN, Elder Maia. **Liberdade de expressão em campanhas eleitorais: a imputação delitiva**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-17/direito-eleitoral-liberdade-expressao-campanhas-eleitorais-imputacao-delitiva>. Acesso em: 25 nov. 2022.

¹² NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das *fake news*: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.75-89. p.88.

¹³ LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Edipro, 2017. p.10.

⁹ GOLTZMAN, Elder Maia. **Liberdade de expressão em campanhas eleitorais: a imputação delitiva**.

¹⁴ **Marco Civil da Internet de 2014**. Site Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022.

privada” e um grande prejuízo à sociedade pelo limite ao acesso à informação e, até mesmo, pelo sentimento de insegurança jurídica.

Nesse diapasão, só porque os cidadãos têm o direito constitucional de se manifestarem, não significa que podem enganar milhares de pessoas através da desinformação, principalmente quando se trata sobre política. Eis o paradoxo da democracia:

se, de um lado, a liberdade de pensamento, e mais especificamente, a liberdade de expressão constitui ponto fulcral para a sua preservação e para seu desenvolvimento, o exercício de tal liberdade por agente mal-intencionados põe em risco a própria democracia.¹⁵

In fine, a coletividade como um todo paga o preço de quem não tem responsabilidade e maturidade suficiente para ser livre.

4. NOVA LEGISLAÇÃO VELHA E A CIBERSEGURANÇA

No universo das *fake news*, um dos graves problemas é a falta de punibilidade do Estado quanto ao crime praticado. Uma notícia enganosa criada agora tem tanto poder de convencimento que, daqui a poucos minutos, ela já terá se espalhado drasticamente e atingido as emoções de milhares ou até milhões de pessoas. Nesse seguimento, os agentes criminosos acabam sendo protegidos pelas próprias vítimas da desinformação, pois a cada compartilhamento a identificação da autoria fica mais difícil.

Assim, há a sensação de “terra sem lei” porque os infratores “sabem da dificuldade para a identificação desses crimes, e ainda que identificados, a lentidão do judiciário ao punir essas condutas cria um clima de impunidade e traz certo conforto aos criminosos”.¹⁶

Há muita complexidade na tentativa de se criar uma legislação sobre o tema, tendo em vista que o tempo jurídico é muito mais moroso do que o tempo da desinformação. Essa nova lei, que disciplinaria as possibilidades de atuação do Poder Judiciário na análise dos conteúdos propagados nas redes sociais, tem de ser dinâmica, multifacetada e, sobretudo, genérica para não se desatualizar tão rapidamente.

Ademais, a lei deverá ter uma cautela especial no que diz respeito à linha tênue existente entre apagar notícias falsas das redes midiáticas e a aterrorizante censura, uma vez que “a imprecisão de critérios acerca do que é ou não verdadeiro ou acerca de como distinguir

¹⁵ GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; PEREIRA Flávio de Leão Bastos. *Fake news* como instrumento de estratégia militar. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.253-275. p.260.

¹⁶ SILVA, Leonardo Lourenço da. **Crimes de discurso de ódio na internet**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78119/crimes-de-discurso-de-odio-na-interne>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

entre um juízo de valor, ou uma opinião, de uma proposição de fato, levaria muitas pessoas a se calar.”¹⁷ O objetivo é: solucionar, sem censurar!

Dentre as soluções para o enfrentamento das *fake news*, são fundamentais o incentivo e a preservação dos canais de jornalismo profissionais com o intento de despertar o senso crítico dos internautas e recuperar as bases da democracia participativa.

Outrossim, o mais importante talvez seja o fortalecimento da imunidade dos indivíduos, através da educação digital, e não propriamente o combate frenético ao problema. Desse jeito,

uma sociedade alfabetizada midiaticamente promove também o desenvolvimento de mídias livres, independentes e pluralistas, e de sistemas abertos de informação, tão necessários para a democracia. Além disso, a educação midiática deve ser vista como uma ferramenta essencial para facilitar o diálogo intercultural, a cultura de paz e a compreensão mútua e cultural entre os povos, reduzindo assim a intolerância e o discurso de ódio.³

De maneira paradoxal, na Era da Informação, as pessoas estão submetidas a um mar de desinformações. Essa vulnerabilidade existe e se expande pontualmente por causa do uso desenfreado das redes sociais. Crianças e adolescentes não leem mais livros, seus pensamentos não são estimulados à criticidade e terminam sendo escravos daquilo que entendem por diversão e entretenimento. Lamentavelmente, “tenho a sensação de que a *pós-modernidade* dos direitos humanos esteja forçosamente exposta a um trabalho de superação da ‘miséria psicológica das massas’”.⁴

Por fim, por mais clichê que pareça, a cibersegurança não se encontra nas telas, cliques, *softwares*, *smartphones*, senhas, curtidas, mas sim entre as quatro paredes de uma sala de aula e por dentro da imensidão que são os livros.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A democracia está passando por momentos turbulentos. Através das notícias fraudulentas e dos *clusters* homogêneos, os cidadãos são instigados a irem votar envoltos de raiva, ódio e

¹⁷ GROSS, Clarissa Piterman. *Fake news* e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.91-112. p.103.

³ BLANCO, Patricia. Educação no combate à desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. p. 222.

⁴ WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. p. 32.

rebeldia. Infeliz e conseqüentemente, o voto já não é mais um meio racional de escolher qual candidato tem as melhores propostas e intenções ao país.

Depois de tudo o que foi abordado, a liberdade de expressão possui limites que precisam ser respeitados pelos usuários das plataformas digitais.

Por isso, entender como as redes sociais funcionam, como as (des)informações se disseminam e o que se pode publicar na *web* é essencial à sociedade e à saúde da democracia. A educação e a gestão do conhecimento, por esse ângulo, devem ser priorizadas nos planos de ensino escolares, visto que os jovens estão cada vez mais cedo conectados.

Tendo uma sociedade mais crítica, reflexiva, instruída e responsável, conseqüentemente não será preciso a atuação judicial como solução imediata, até porque, provavelmente, nem teríamos esses tipos de manifestações inconscientes e inconseqüentes se a educação fosse bem trabalhada desde a sua base.

Por conseguinte, na disputa entre liberdade de expressão e desinformação, a grande vencedora tem de ser a educação.

REFERÊNCIAS

BLANCO, Patricia. Educação no combate à desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.217-224;

CARVALHO, Eric de. O processo de circulação das *fake news*. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.351-361;

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 nov. 2022;

CRUVINEL, Diogo Mendonça. *Fake news* e o custo da informação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news: a conexão entre a desinformação e o direito**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.165-181;

GOLTZMAN, Elder Maia. **Liberdade de expressão em campanhas eleitorais: a imputação delitiva**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-out-17/direito-eleitoral-liberdade-expressao-campanhas-eleitorais-imputacao-delitiva>. Acesso em: 25 out. 2022;

GROSS, Clarissa Piterman. *Fake news* e democracia: discutindo o status normativo do falso e a liberdade de expressão. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.91-112;

GUNDIM, Wagner Wilson Deiró; PEREIRA Flávio de Leão Bastos. *Fake news* como instrumento de estratégia militar. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.253-275;

LA BOÉTIE, Étienne de. **Discurso sobre a servidão voluntária**. São Paulo: Edipro, 2017;

Lei nº 4.737, de 5 de julho de 1965. Site Planalto. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4737compilado.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%204.737%2C%20DE%2015%20DE%20JULHO%20DE%201965.&text=Institui%20o%20C%C3%B3digo%20Eleitoral%2C%20de%20abril%20de%201964.>. Acesso em: 20 de nov. de 2022;

Marco Civil da Internet de 2014. Site Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 23 nov. 2022;

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios da ciberdemocracia diante do fenômeno das *fake news*: regulação estatal em face dos perigos da desinformação. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.75-89;

O dilema das redes. Direção de Jeff Orlowski. Estados Unidos da América: Exposure Labs, 2020. Netflix (94 min).

RAIS, Diogo; SALES, Stela Rocha. *Fake news, deepfakes* e eleições. In: RAIS, Diogo (Org). **Fake news**: a conexão entre a desinformação e o direito. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p.25-52;

SILVA, Leonardo Lourenço da. **Crimes de discurso de ódio na internet**. 2019. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78119/crimes-de-discurso-de-odio-na-internet>>. Acesso em: 21 nov. 2022;

WARAT, Luis Alberto. **Introdução Geral ao Direito III**: o Direito não estudado pela teoria jurídica moderna. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

OS FATORES ESG: ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE E A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

ESG FACTORS: ENVIRONMENTAL, SOCIAL AND GOVERNANCE AND CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY

Alana Tessaro Vuelma¹

Marcio C. Godinho²

Maira Angélica Dal Conte Tonial³

RESUMO

O presente artigo discute o ESG bem como as questões relacionadas ao meio ambiente, governança corporativa e responsabilidade social no sentido de buscar meios cada vez mais eficazes visando a edificação de uma sociedade cada vez mais consciente em relação às questões ecológicas, propondo refletir acerca das possibilidades de se aliar questões econômicas, sociais e ambientais.

PALAVRAS-CHAVE: governança – meio ambiente – responsabilidade social

ABSTRACT

This paper discusses the ESG as well as issues related to the environment, corporate governance and social responsibility in the sense of seeking increasingly effective means aimed at building a society that is increasingly aware of ecological issues, proposing to reflect on the possibilities to combine economic, social and environmental issues.

KEYWORDS: governance – environment – social responsibility

INTRODUÇÃO

Na contemporaneidade preza-se cada vez mais para o bem comum, seja na vida privada, no trabalho, meio ambiente e em todos os atos que advém das relações humanas. Felizmente,

¹ Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Pós-graduanda em Direito e Processo Civil pela UNISC/CEISC. Autora correspondente. E-mail: 166939@upf.br.

² Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF – Campus Lagoa Vermelha. Acadêmico de Mediação de Conflitos pela Universidade Estácio. Autor correspondente. E-mail: marciogodinho@gmail.com.

³ 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.

com uma preocupação crescente do mercado financeiro sobre a sustentabilidade, o termo ESG tem ganhado grande destaque.

Esta sigla em inglês que significa *Environmental, Social and Governance* (Ambiental, Social e Governança), é a própria sustentabilidade empresarial, tendo em vista que uma empresa que compreende quais são seus impactos positivos e negativos na sociedade consegue agir sobre estes. Os critérios ESG estão relacionados aos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS) e também em conformidade com os princípios do Pacto Global da Organização das Nações Unidas (ONU), assim, seguir os padrões ESG aumenta a competitividade empresarial no mercado e possibilita maior resiliência diante de detrimentos.

Os objetivos de desenvolvimento sustentável sintetizam-se em desafios sociais, ambientais e de governança, que só será possível superar com o engajamento das empresas, adequando suas operações ao ESG. As empresas não devem visar somente o lucro propriamente dito, pois se adotarem práticas socioambientais, isso também será fonte de lucro, colaborando para um capitalismo mais consciente. Dessa forma, o ESG é uma filosofia de gestão, que além do lucro, leva em consideração a ética, governança corporativa e responsabilidade socioambiental; e, em decorrência desta gestão mais eficiente, haverá resistentes benefícios econômicos e sociais para uma sociedade mais humanitária.

1. INICIALMENTE, O QUE É ESG?

Environmental, Social and Governance. Traduzindo-se para o português significa Ambiental, Social e Governança, ou seja, corresponde a práticas ambientais, sociais e de governança de uma empresa. Essas três palavras compõem a sigla mais conhecida pelo mundo organizacional atualmente, trazendo discussões importantes sobre o futuro empresarial e do capitalismo global.

A referida sigla foi evidenciada em 2004 em uma publicação do Pacto Global em parceria com o Banco Mundial, chamada de *Who Cares Wins*, em que surgiu através de uma provocação do secretário geral da ONU Kofi Annan a 50 CEOs de grandes instituições financeiras, de como integrar fatores sociais, ambientais e de governança no mercado de capitais. Nesse mesmo período, a UNEP-FI lançou o relatório Freshfield, o qual demonstrava a relevância de integrar os fatores ESG para a avaliação financeira⁴.

Em janeiro de 2020, em Davos, na Suíça, no Fórum Econômico Mundial, empresários constataram que as empresas devem olhar mais para os interesses das pessoas que são

⁴ PACTO GLOBAL Rede Brasil. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 25 out. 2022.

afetadas e que afetam seus negócios, chamados de *stakeholders*, do que para os interesses dos acionistas, *shareholders*. Nomearam a isso de capitalismo dos *stakeholders*, tendo em vista que o foco não está mais na distribuição de lucros, e sim no que a empresa pode fazer para melhorar o mundo, evidentemente sem deixar de auferir dinheiro com a venda de seus produtos e serviços⁵.

A aplicabilidade dos critérios ESG pelas empresas brasileiras é cada vez maior, já que amplia a competitividade no setor empresarial, interno ou externo. Sendo as empresas acompanhadas pelos seus diversos stakeholders, seguir os referidos critérios indicam solidez, custos mais baixos, melhor reputação e melhor resiliência em meio as suscetíveis vulnerabilidades. Conforme o *Climate Change and Sustainability Services*, da Ernest Young, as informações ESG são importantes para a tomada de decisões dos investidores, e os critérios estão totalmente ligados aos ODS, realidade em discussões no mercado de capitais. Os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável reúnem desafios e vulnerabilidades da sociedade em geral, apontando os principais a serem acompanhados, sinalizando grandes oportunidades ao se conectarem com as necessidades⁶.

Por conseguinte, ESG não é nada novo, pois há décadas se fala em sustentabilidade e tudo o que dela decorre. A novidade é a propagação do que envolve as três palavras que compõem essa sigla, que se tornou muito importante ao ambiente corporativo, uma ferramenta para fazer do mundo um lugar melhor. Assim, é necessário entender as principais características de cada uma das letras de ESG.

Partindo pelo “E” da sigla, este traz discussões referente a proteção ao meio ambiente e qual a função das empresas no enfrentamento dos desafios advindos. O capitalismo de stakeholders emprega a necessidade de todos os indivíduos contribuírem para uma sociedade sustentável, e as empresas, independentemente de seu porte ou ramo de atuação, também possuem o dever de buscar alternativas para um planeta mais sustentável.

É de conhecimento geral que as mudanças climáticas já ocasionaram e ocasionam aumentos de temperatura em diversas parte do globo, acarretando secas, enchentes, estações do ano desregulares e alterações nos variados ecossistemas, resultando em destruição e mudanças drásticas nas condições de vida, principalmente daqueles mais vulneráveis. É sabido também que o crescente número de doenças transmitidas entre animais e pessoas (zoonoses) tem relação direta com impactos ao meio ambiente, trazendo riscos para novas pandemias

⁵ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2022. p. 10.

⁶ PACTO GLOBAL Rede Brasil.

globais futuramente. Desta forma, é perceptível que o objetivo central de o “E” ser a primeira letra da sigla, é que sem um planeta habitável, as outras letras perdem sua razão⁷.

Todas as mudanças no âmbito do meio ambiente trazem como consequência a ameaça à existência humana na terra em médio a longo prazo, essencialmente pelo aumento da temperatura global, o que é provocado pela própria atividade humana. Portanto, a preocupação com o ambiente é de responsabilidade de todos. Essa preocupação, por exemplo, é materializada nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, que compõem a responsabilidade coletiva dos Estados, corporações, organizações e de toda a sociedade em geral. Dentre os dezessete ODS, destaca-se o ODS 13, que refere-se a ação contra a mudança global do clima⁸, bem como, os ODS 6, 7, 14 e 15, relacionados a água potável e saneamento, energia limpa e acessível, vida na água e vida terrestre.

Relacionado a isso, é importante colocar em pauta que a indústria que mais polui o planeta é a do petróleo e em segundo lugar a do vestuário, ficando evidente a necessária mudança nos hábitos de consumo de todos os indivíduos. No entanto, em outro viés, não será a redução no consumo das pessoas que reduzirá a emissão de gases de efeito estufa no prazo que é preciso, mas sim uma irreversível mudança nos processos e produtos gerados pelas empresas em todo o mundo⁹.

Diante disso, é preciso saber qual o papel das empresas no alcance de uma economia verde, pois independente do ramo de atuação e tamanho da organização, o impacto ambiental é uma realidade. Nesse sentido, Ana Cláudia Ruy Cardia Atchabahian menciona que:

[...] a adoção de fontes conhecidas como limpas e/ou renováveis de energia é uma demanda essencial para a continuidade dos negócios em nosso planeta sem comprometer ainda mais o meio ambiente. Somando a este processo, o desenvolvimento de estratégias e inovações nos mais variados setores com grande impacto ambiental, como a indústria de geração de energia e a pecuária, por exemplo, são essenciais para mitigar ao máximo os potenciais impactos ao meio ambiente. Por fim, concomitantemente a estes movimentos, deve ser evitado o desmatamento em todo o planeta e protegidas todas as pessoas, em uma transição tida por justa e completamente sustentável¹⁰.

Assim, no impacto ambiental há gasto de energia, utilização de insumos, descarte de objetos e emissão de gás carbônico (CO₂) em quaisquer empresas, as quais além de se organizarem para seguir as normativas internacionais propostas, devem reconhecer seu impacto ao meio ambiente.

⁷ ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. **ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios** [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressa, 2022. p. 29.

⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 13**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/13>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

⁹ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. p. 61, 63.

¹⁰ ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. **ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios**. p. 35.

Todos os compromissos para seguir em busca de uma economia mais sustentável não podem ter como custo vidas humanas, ou que estas sejam negligenciadas por processos corporativos, por isso, tudo que é trazido sobre a proteção do “E” deve ser aplicado pelas empresas, levando sempre como objetivo central em suas atividades o humano. Daí se parte para o “S” do ESG, que é proteger o social.

A Constituição Federal brasileira de 1988¹¹ estabelece como um dos objetivos do Estado a redução das desigualdades sociais e a erradicação da pobreza. Todavia, apesar destes avanços trazidos pela Carta Magna, a injustiça social no Brasil ainda é alarmante, como por exemplo, no acesso a saneamento básico, saúde, educação; contrariamente, enquanto isso, empresas colocam sobre diversidade e inclusão, mas para a maioria da população esse assunto passa distante.

O pilar “S” está diretamente ligado à responsabilidade social empresarial, aos direitos e bem-estar de todos. A questão é entender os desafios para a integralização do social e quais são as responsabilidades que as empresas devem adotar. Nesse sentido, devem dar atenção aos seguintes critérios: práticas de trabalho, saúde e segurança do trabalhador, direitos humanos e relações comunitárias.

Assuntos relacionados à saúde e segurança do trabalho são de grande importância, e normalmente estão mais englobados em relatórios socioambientais das empresas, justamente por haverem leis estruturadas a nível global sobre o assunto. Entretanto, há diversos outros princípios sociais que são cruciais para o bem-estar dos funcionários, para os relacionamentos das empresas com as comunidades, para políticas de inclusão e diversidade, segurança de dados e privacidade¹².

Entrando no ponto da diversidade, por exemplo, as empresas devem adotar algumas práticas com as suas equipes de trabalho, que são essenciais, como: a questão das remunerações equitativas entre homens e mulheres, iniciativas que a empresa tenha aderido em relação a igualdade de etnia/raça, promoção de direitos iguais e respeito entre as pessoas LGBTQIA+, práticas que promovam inclusão de pessoas com deficiência, entre outras.

Nessa direção, sempre devem ser considerados para além e em pé de igualdade colaboradores, fornecedores, clientes e comunidades. Condições boas de trabalho, equidade de gênero, diversidade, inclusão social, capacidade de atração de talentos e de incentivo à

¹¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹² GUIMARÃES, Martha Tavanielli. **Princípios ESG e o Gerenciamento de Facilidades: aplicação em uma empresa de tecnologia**. 2021. Monografia (MBA em Gerenciamento de Facilidades) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Poli-Integra, São Paulo, 2021.

inovação, são variantes frequentes nos parâmetros de análise ESG¹³. Logo, para um capitalismo mais inclusivo e resiliente, vincula-se a capacidade da empresa de lidar com demandas sustentáveis e sua voluntariedade em servir àqueles interessados.

É preciso evidenciar que, proteger o social é proteger nossa continuidade neste planeta, portanto, CNPJs só existem em função de CPFs, sendo correto dizer que os principais ativos de qualquer empresa são as pessoas. Organizações são constituídas e geridas por pessoas, que promovem produtos e serviços para pessoas, e às vezes dependem de outras pessoas para a obtenção de seus métodos. É indispensável olhar para a proteção dos direitos humanos, e ao se falar deste e no capital social da atividade corporativa, o olhar não deve estar somente no plano interno das corporações, na atividade dos funcionários e suas individualidades, mas também, em toda cadeia produtiva, comunidades afetadas e nos consumidores finais¹⁴.

Deve-se ter um olhar amplo à proteção humana, não se pode pensar em atos corporativos sem a proteção aos indivíduos, e os programas ESG dentro de uma empresa devem ser eficazes para o objetivo maior que é a sustentabilidade do planeta. Seguindo nessa linha, chega-se ao “G” de ESG, que trata sobre governança.

Quando se fala em governança corporativa, assuntos como responsabilidade, comunicação, ética, disciplina, transparência, equidade e prestação de contas certamente serão tratados. Os chamados conflitos de agência, que ocorre pela divergência entre sócios majoritários e minoritários ou que ocorre pelos interesses conflitantes entre acionistas e gestores, tornaram-se o principal fator para a implementação de um programa de governança nas corporações¹⁵.

No Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, do Instituto Brasileiro de Governança Corporativa¹⁶, são expostos os quatro princípios básicos da governança corporativa, quais sejam: (a) transparência: divulgação de todas as informações relevantes às partes interessadas e não apenas aquelas sobre o desempenho econômico-financeiro da empresa; (b) equidade: deve haver tratamento justo e isonômico entre todas as partes interessadas; (c) prestação de contas: a empresa deve se responsabilizar pelas consequências de atos praticados

¹³ ALEIXO, Letícia Soares Peixoto.; SILVA, Thalita Verônica Gonçalves e. O que é o “S” de ESG? In: YOSHIDA, C. Y. M.; VIANNA, M. D. B.; KISHI, S. A. S. (Coord.). **Finanças Sustentáveis: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS**. Conselho Nacional de Justiça. ABRAMPA. p. 309-331.

¹⁴ ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. **ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios**. p. 53.

¹⁵ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. p. 43.

¹⁶ INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

que ferirem princípios; (e) responsabilidade corporativa: a empresa deve zelar pela viabilidade econômico-financeira do negócio em curto, médio e longo prazos.

A adoção de boas práticas em governança, como os princípios colocados acima, foi a forma encontrada para evitar o surgimento de certos conflitos em uma organização. A Comissão sobre Governança Global explicou o termo governança, que é a soma de diversas formas nas quais as pessoas e instituições, públicas ou privadas, realizam a gestão de seus problemas e assuntos concomitantes. É um processo contínuo pelo qual se pode acomodar interesses diversos, divergentes ou conflitantes, e realizar ações cooperativas¹⁷.

A presença de um sistema de governança é tão importante que a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)¹⁸, no seu artigo 50 recomenda que as empresas adotem boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, as normas de segurança, os padrões técnicos, obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais.

Isto posto, não basta apenas às empresas construírem estatutos, regimentos, diretrizes para afirmarem que possuem um sistema de governança. É preciso que esse sistema funcione de fato, com a adoção de boas práticas de governança corporativa, que não permita relações de poder que possam prejudicar partes minoritárias em favor das majoritárias, sempre observando os preceitos dos direitos humanos e a função social da empresa.

2. SUSTENTABILIDADE, FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA E A RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL

As questões de sustentabilidade, função social da empresa e responsabilidade social empresarial serão tratadas aqui conjuntamente, pois estão diretamente ligadas.

O relacionamento entre empresas e sociedade vêm mudando a cada dia conforme a evolução da sociedade, em que essa exerce uma pressão em relação aquela, principalmente através dos canais de comunicação como as redes sociais. Assim, as empresas para não virem a sofrer prejuízos, buscam as exigências dos consumidores, empenhando-se a dar maior visibilidade ao campo social.

¹⁷ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. p. 44.

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 nov. 2022.

Atualmente cada vez mais preza-se para o bem comum, isto é, busca-se ênfase ao social, e nesse rumo também deve caminhar o meio empresarial. A sigla ESG tem se tornado sinônimo de sustentabilidade, em que é preciso atender as necessidades atuais sem comprometer as gerações futuras. Logo, quando se fala em sustentabilidade, é preciso considerar a sustentabilidade econômica - o negócio precisa ser economicamente viável e sustentável para a geração de resultados aos sócios, com geração de riqueza para todos aqueles que integram o empreendimento; a sustentabilidade ambiental - a exploração dos recursos naturais precisa ser de forma que não seja danosa ao meio ambiente e ao ser humano; e a sustentabilidade social - de nada adianta a empresa fornecer serviços e produtos num cenário de desigualdades e pobreza¹⁹.

A sustentabilidade no planejamento das empresas deve ser entendida como uma forma de assegurar que o planeta esteja em condições para uso das próximas gerações, bem como, que estas possam seguir o mesmo caminho. A empresa não deve almejar somente o lucro propriamente dito. É importante mencionar, que na década de 1980 as empresas começaram a perceber que ir além da legislação, adotando práticas de prevenção à poluição, respeito aos trabalhadores e a sociedade em geral, também eram fonte de lucro²⁰.

No mesmo sentido, a responsabilidade social empresarial vai além do que a empresa pode fazer por obrigação legal, devendo sempre programar estratégias com base em políticas de inclusão social e à promoção da qualidade ambiental. Ou melhor, “o conceito de desenvolvimento sustentável está hoje totalmente integrado ao conceito de responsabilidade social: não haverá crescimento econômico em longo prazo sem progresso social e também sem cuidado ambiental.” ²¹.

É possível afirmar que vem se optando por um capitalismo mais consciente, justamente em relação às questões socioambientais. Bem como, neste século não se tolera que direitos humanos sob quaisquer prismas sejam violados, é preciso cuidar do próximo, combater o trabalho análogo a escravo e o trabalho infantil, discriminações em relação à mulher, raça, opção sexual; zelar pela comunidade e preservar a natureza²².

¹⁹ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. p. 23.

²⁰ REDECKER, Ana Cláudia; TRINDADE, Luiza de Medeiros. **Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto: um diálogo entre a função social instituída pela Lei 6.404/1976 e a geração de valor**. Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 7, 2021, nº 2, 59-125. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0059_0125.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²¹ BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial**. São Paulo: Instituto Ethos, 2013. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

²² OLIVEIRA, Rosa Malena Gehlen Peixoto de. **A função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob a luz dos fatores ESG: Environmental, Social and Governance**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do

Refletindo acerca do ESG, este serve como um convite para que se compreenda o propósito das corporações, para além de lucro num mundo conectado e globalizado. Sendo certo afirmar que, essa sigla tão importante incorpora e contempla a sustentabilidade, a responsabilidade social e a função social da empresa.

A função social da empresa decorre diretamente da propriedade e da função social desta. A propriedade dá ao seu dono os direitos de usar, gozar, dispor da coisa e reavê-la, mas também gera obrigações perante a coletividade, e por isso a Constituição Federal trouxe a função social da propriedade no art. 5º, inciso XXIII: “a propriedade atenderá a sua função social”²³. Desta forma, o direito à propriedade deixou de ser tão somente um direito individual, pois passou a ser tratado no texto constitucional, no capítulo referente aos direitos e deveres individuais e coletivos, já que os interesses individuais jamais podem chocar-se com os coletivos.

Diante disso, o Me. Augusto Cruz elucida o seguinte:

A Carta Magna de 1988, ao tratar da ordem econômica, estabelece que é um de seus princípios a função social da propriedade; sendo assim, à empresa aplica-se tal princípio. Entende-se como função social da empresa que o *leitmotiv* da exploração da propriedade não deve ser apenas e tão somente obter vantagens econômicas (lucro) para seus proprietários. A empresa, acima de tudo, interessa à sociedade, impactando os chamados *stakeholders* (empregados, fornecedores, Estado, acionistas, agentes públicos e sociedade civil, agentes esses que se constituem em partes interessadas à empresa). Esse duplo papel da sociedade empresária – resultar em ganhos para seus proprietários e atender aos anseios da sociedade – deve coexistir de forma harmônica. É o que se espera²⁴.

Se extrai que, conforme já colocado, não basta a organização visar somente o lucro, mesmo que seja a essência num sistema capitalista, deve haver uma balança entre gerar lucros e atender as necessidades da sociedade.

Logo, evidencia-se que a empresa cumpre sua função social quando gera empregos, tributos e riqueza, colabora para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua ou do país, que possui práticas empresariais sustentáveis buscando a proteção ao meio ambiente e a observância aos direitos dos consumidores²⁵.

À vista disso, os conceitos de função social da empresa, de sustentabilidade e de responsabilidade social representam juntos um conceito ético, que está ligado às dimensões sociais e a qualidade de vida da sociedade, que acabam resultando no mesmo objetivo²⁶. Claro,

Conhecimento. Ano. 06, Ed. 12, Vol. 06, p. 69-96. Dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/a-funcao-social>>. Acesso em: 26 out. 2022.

²³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

²⁴ CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. p. 31.

²⁵ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Volume 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

²⁶ OLIVEIRA, Rosa Malena Gehlen Peixoto de. **A função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob a luz dos fatores ESG: Environmental, Social and Governance**.

tendo como base estes conceitos, a partir deles é que deve ser o exercício das atividades empresariais, as quais devem colaborar com todas as partes que de algum modo são impactadas por suas atividades.

Em sentido amplo, traz-se a ideia que o ESG é uma filosofia de gestão, pois leva em consideração diversos fatores. Além do reconhecimento da função social empresarial e admissão de responsabilidade socioambiental, a referida sigla visa conectar a missão da empresa a uma ideologia organizacional que procura reger suas estratégias com o bem comum, pois através desse caminho obterá sucesso estratégico, resistência e promover-se-á no âmbito em que se desenvolve²⁷.

As empresas que realizam as diretrizes de ESG demonstram-se adaptadas às exigências deste século, com um propósito para além do lucro, haja que esse é e deve ser a consequência natural de suas práticas. Desenvolvendo suas atividades pautadas na ética, buscando a proteção ambiental em sentido amplo e de todas as pessoas envolvidas na atividade corporativa, num ambiente de governança comprometido, trarão para a sociedade impactos positivos e auxiliarão para minimizar os negativos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo pretendeu trazer o tema relacionado ao ESG, considerando que, no Brasil, se trata de algo cujo desenvolvimento ainda é insipiente. Contudo, não se pode negar a importância da adoção de práticas de ESG, que contribuem para a melhoria da imagem das companhias, posto que hábitos ambientais, sociais e de governança, tendem a valorização da organização relativo a seu papel não somente à comunidade a qual estiver inserida, mas no sentido de conquistar aqueles clientes que observam a cadeia de produção, dando preferência a todo e qualquer produto que não viole normas legais, mas também em caráter moral, além da obtenção de linhas de financiamento que observem esse aspecto.

Por todas as razões elencadas neste artigo, torna-se urgente pensar num mundo corporativo que valorize não somente o lucro, mas também o propósito e a transparência. Assumir a responsabilidade como consumidor, cidadão, líder corporativo, é o mínimo que se pode fazer para a obtenção de um planeta mais saudável, pois cada um faz parte de um todo na construção de um mundo melhor.

²⁷ OLIVEIRA, Rosa Malena Gehlen Peixoto de. **A função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob a luz dos fatores ESG: Environmental, Social and Governance.**

REFERÊNCIAS

ALEIXO, Letícia Soares Peixoto.; SILVA, Thalita Verônica Gonçalves e. O que é o “S” de ESG? In: YOSHIDA, C. Y. M.; VIANNA, M. D. B.; KISHI, S. A. S. (Coord.). **Finanças Sustentáveis: ESG, Compliance, Gestão de Riscos e ODS**. Conselho Nacional de Justiça. ABRAMPA. p. 309-331.

ATCHABAHIAN, Ana Cláudia Ruy Cardia. **ESG: teoria e prática para a verdadeira sustentabilidade nos negócios** [recurso eletrônico]. São Paulo: Expressa, 2022.

BORGER, Fernanda Gabriela. **Responsabilidade social empresarial e sustentabilidade para a gestão empresarial**. São Paulo: Instituto Ethos, 2013. Disponível em: <<https://www.ethos.org.br/cedoc/responsabilidade-social-empresarial-e-sustentabilidade-para-a-gestao-empresarial/>>. Acesso em: 24 nov. 2022.

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

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 24 nov. 2022.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial: direito de empresa**. Volume 1. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRUZ, Augusto. **Introdução ao ESG: meio ambiente, social e governança corporativa**. 2 ed. São Paulo: Scortecci, 2022.

GUIMARÃES, Martha Tavanielli. **Princípios ESG e o Gerenciamento de Facilidades: aplicação em uma empresa de tecnologia**. 2021. Monografia (MBA em Gerenciamento de Facilidades) - Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Poli-Integra, São Paulo, 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GOVERNANÇA CORPORATIVA. **Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa**. 5. ed. São Paulo: IBGC, 2015.

OLIVEIRA, Rosa Malena Gehlen Peixoto de. **A função social da empresa, a responsabilidade social e a sustentabilidade sob a luz dos fatores ESG: Environmental, Social and Governance**. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano. 06, Ed. 12, Vol. 06, p. 69-96. Dezembro de 2021. Disponível em: <<https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/a-funcao-social>>. Acesso em: 26 out. 2022.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável 13**. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/13>>. Acesso em: 22 nov. 2022.

PACTO GLOBAL Rede Brasil. Disponível em: <<https://www.pactoglobal.org.br/pg/esg>>. Acesso em: 25 out. 2022.

REDECKER, Ana Cláudia; TRINDADE, Luiza de Medeiros. **Práticas de ESG em sociedades anônimas de capital aberto: um diálogo entre a função social instituída pela Lei 6.404/1976 e a geração de valor.** Revista Jurídica Luso Brasileira, Ano 7, 2021, nº 2, 59-125. Disponível em: <https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2021/2/2021_02_0059_0125.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2022.

SOCIEDADE DA DESINFORMAÇÃO: A INFLUÊNCIA DAS REDES SOCIAIS NA DEMOCRACIA BRASILEIRA

DISINFORMATION SOCIETY: THE INFLUENCE OF SOCIAL NETWORKS OF BRAZILIAN DEMOCRACY

Talissa Truccolo Reato¹

Morgan Stefan Grando²

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é analisar em que medida a desinformação influencia a democracia brasileira. Em termos específicos, inicia-se verificando a potência que as novas tecnologias representam na disseminação de notícias e dados falsos pela internet. Em um segundo momento da pesquisa se estuda a situação da democracia no Brasil, sobretudo no que diz respeito à fragilidade imposta pela desinformação e a importância do fortalecimento democrático no cenário nacional e global. Por fim, o último fragmento do trabalho investiga os impactos da desinformação na manutenção da democracia no Brasil. A pesquisa se justifica diante do contexto nacional vivenciado, uma vez que há uma ampla movimentação no sentido de abalar o Estado Democrático de Direito, muito em virtude da ampla divulgação de informações falsas e equivocadas pela internet. Destarte, é importante que se compreenda como afastar as *Fake News* e garantir o acesso às informações pautadas na realidade dos fatos. Outrossim, no que tange à metodologia, este trabalho está posto via leitura sistemática, por meio de uma pesquisa básica, bibliográfica e teórica. A investigação será feita pelo método hipotético-dedutivo. Como resultado esperado, é possível que se infira que as notícias falsas e dados equivocados disseminados em redes sociais e aplicativos de mensagens instantâneas, causem verdadeiro prejuízo para a democracia no Brasil, uma vez que quanto mais inverdades são espalhadas entre a população, mais desconfiança e insegurança são fomentadas, o que culmina em problemas para o Estado Democrático de Direito.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: talissareato@upf.br

² Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2022/). Graduado em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: morgan.grando@gmail.com

PALAVRAS-CHAVE: Democracia. Desinformação. *Fake News*. Redes sociais.

ABSTRACT

The general objective of this research is to analyze to what extent disinformation influences Brazilian democracy. In specific terms, it begins by verifying the power that new technologies represent in the dissemination of false news and data over the internet. In a second moment of the research, the situation of democracy in Brazil is studied, especially with regard to the fragility that matters due to disinformation and the importance of democratic strengthening in the national and global scenario. Finally, the last fragment of the work investigates the impacts of disinformation on the maintenance of democracy in Brazil. The research is justified in view of the national context experienced, since there is a wide movement towards undermining the Democratic State of Law, largely due to the wide dissemination of false and misleading information on the internet. Therefore, it is important to understand how to remove *Fake News* and ensure access to information based on the facts. Furthermore, with regard to methodology, this work is set out via systematic reading, through basic, bibliographical and theoretical research. The investigation will be done by the hypothetical-deductive method. As an expected result, it is possible to infer that false news and erroneous data disseminated on social networks and instant messaging applications cause real damage to democracy in Brazil, since the more untruths are spread among the population, the more mistrust and insecurity are fostered, which culminates in problems for the Democratic State of Law.

KEYWORDS: Democracy. Misinformation. *Fake News*. Social networks.

INTRODUÇÃO

A desinformação proporcionada pelo avanço da tecnologia, sobretudo pelas redes sociais, tem sido um grande obstáculo no cotidiano dos regimes democráticos na sociedade pós-moderna.

Logo, é importante pesquisar e, de tal forma, analisar em que medida a sociedade atual e, principalmente, a democracia brasileira, é influenciada por essas desinformações.

É essencial estudar a influência das novas tecnologias e das redes sociais para entender quais são os seus papéis na disseminação de desinformação e em qual ponto elas facilitam para que as *Fake News* sejam divulgadas pela internet. É preciso compreender o alcance e sua relação com a atual crise que atinge as democracias pelo mundo.

O tema é essencial para que se compreenda a importância do fortalecimento da democracia e para que a sociedade como um todo entenda a necessidade de buscar informações em fontes confiáveis, uma vez que com a internet, as mídias tradicionais perderam espaço para canais sem fontes confiáveis.

Neste ponto, Byung-Chul Han evidencia que as mídias eletrônicas de massa “destroem o discurso racional marcado pela cultura livresca. Elas têm uma arquitetônica particular. Por serem estruturadas como um anfiteatro, os receptores ficam condenados à passividade.”³

Expostos os objetivos e a justificativa desta pesquisa, o problema em tela pode ser exposto da seguinte forma: em que medida a desinformação social afeta a democracia no Brasil, sobretudo em virtude da influência das redes sociais.

Em termos de metodologia, trata-se de uma pesquisa bibliográfica feita pelo método hipotético-dedutivo. É uma pesquisa qualitativa, básica e de caráter exploratório.

1. ADVERSIDADE PÓS-MODERNA: DISSEMINAÇÃO DE NOTÍCIAS E DADOS FALSOS PELA INTERNET POR MEIO DAS REDES SOCIAIS

Para fins de compreender o fenômeno atual envolvendo a disseminação de notícias e de dados falsos pela internet por meio das redes sociais, antes de tudo é preciso compreender o contexto atual, qual seja, a pós-modernidade, a qual “pode ser definida, provisoriamente, como a sinergia de fenômenos arcaicos com o desenvolvimento tecnológico.”⁴

O que se observa é que, nesse contexto de pós-modernidade, sobretudo após o advento da internet e com a amplitude de acesso a ela, verifica-se uma vasta adesão ao que se chama “rede social”, isto é, a conexão de pessoas em rede.

É da natureza dos seres humanos se relacionarem. A espécie humana é dependente do convívio social. Assim, a referida relação está presente desde o início da história da humanidade. Essa conexão social é uma das responsáveis por nossa evolução como espécie, então, não é errado dizer que história da humanidade sempre foi organizada em rede.

O surgimento das redes sociais decorre dessa disposição humana por criar laços de convívio social. De tal forma, é natural que, com os avanços tecnológicos e com a propagação da internet, as redes sociais tenham se tornado o que são hoje.

³HAN, Byung-Chul. **Infocracia**: digitalização e a crise da democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 27

⁴ MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade**: o lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004, p. 21.

Para que se possa falar sobre redes sociais, faz-se imperioso conceituar o termo “rede”.

Para Castells:

Rede é um conjunto de nós interconectados. Nó é o ponto no qual uma curva se entrecorta. Concretamente, o que um nó é depende do tipo de redes concretas de que falamos. [...] Redes são estruturas abertas capazes de expandir de forma ilimitada, integrando novos nós desde que consigam comunicar-se dentro da rede, ou seja, desde que compartilhem os mesmos códigos de comunicação [...] Uma estrutura social com base em redes é um sistema aberto altamente dinâmico suscetível de inovação sem ameaças ao seu equilíbrio.⁵

Manuel Castells segue afirmando que as redes são, portanto, estruturas “complexas de comunicação construídas em torno de um conjunto de metas que simultaneamente garantem a unidade de propósito e flexibilidade de execução por sua adaptabilidade ao ambiente operacional”.⁶

Então, isto posto, é possível entender “rede” como sendo um conjunto de pessoas que possuem ligações com os demais integrantes.

Ainda, para Castells, a diferença entre os termos “rede” e “redes sociais” está no alcance, pois no caso das redes sociais, os protocolos de comunicação podem direcionar a distância entre os nós.⁷

Sobre as “redes sociais”, pode-se asseverar que atualmente são usadas por pessoas como uma forma de se conectar com familiares, amigos e pessoas com interesses comuns. Destarte, as redes sociais são de grande importância para estabelecer relacionamentos e interações das mais variadas formas.

Ocorre que, como contraponto a essa relação, ou seja, ao lado positivo das redes sociais, Bauman em sua tese sobre a sociedade líquida afirma que as relações, com o passar do tempo, estão ficando cada vez mais superficiais e o contato entre os indivíduos é cada vez menor, de modo que ele ainda reforça esse entendimento quando afirma que “as relações escorrem entre os dedos”.⁸

Neste ponto, é possível entender as redes sociais como sendo uma grande armadilha, colocando em risco a natureza social do humano como espécie, visto que relações em redes sociais diminui a nossa habilidade de relacionamentos pessoais. E mais:

nas redes, é tão fácil adicionar e deletar amigos que as habilidades sociais não são necessárias. Elas são desenvolvidas na rua, ou no trabalho, ao encontrar gente com quem se precisa ter uma interação razoável. Aí você tem que enfrentar as dificuldades, se

⁵ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007, p. 566.

⁶ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

⁷ CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

⁸ HUMANTECH. **Relações líquidas: diferenças entre amizades reais e virtuais**. Disponível em: <<https://www.oconhecimento.com.br/relacoes-liquidas-diferencas-entre-amizades-reais-evirtuais/>> Acesso em: 23 nov. 2022

envolver em um diálogo. O papa Francisco, que é um grande homem, ao ser eleito, deu sua primeira entrevista a Eugenio Scalfari, um jornalista italiano que é um ateu autoproclamado. Foi um sinal: o diálogo real não é falar com gente que pensa igual a você. As redes sociais não ensinam a dialogar porque é muito fácil evitar a controvérsia... Muita gente as usa não para unir, não para ampliar seus horizontes, mas ao contrário, para se fechar no que eu chamo de zonas de conforto, onde o único som que escutam é o eco de suas próprias vozes, onde o único que veem são os reflexos de suas próprias caras. As redes são muito úteis, oferecem serviços muito prazerosos, mas são uma armadilha.⁹

Neste aspecto, cada vez mais as redes sociais não se limitam apenas aos relacionamentos, mas também servem como sendo uma fonte de notícias e, principalmente de pesquisas, fugindo da dependência das grandes mídias para manter-se informado, abrindo, além disso, a possibilidade não apenas do acesso, mas de produzir opinião.

Sendo assim, uma prática ilícita, mas que tem se tornando imensamente comum, é a disseminação de notícias e de dados falsos na internet, utilizando-se, para tanto, as redes sociais.

Indubitavelmente as redes sociais transformaram o comportamento da sociedade atual (pós-moderna). O modo como informações são compartilhadas está cada dia mais veloz, uma verdadeira revolução. Todavia, no mesmo ritmo é comum a prática de “cibercrimes” como, por exemplo, a fraude na segurança de computadores e smartphones para fins de fraudes bancárias, a divulgação de pornografia, crimes de discriminações, mensagens de ódio (na maioria das vezes de forma anônima) e, além destes, um dos crimes que vem sendo propagando no contexto atual é a grande disseminação de notícias falsas.

Para Allcott e Gentzkow, as notícias falsas ou, como são conhecidas, as *Fake News*, são “artigos noticiosos que são intencionalmente falsos e aptos a serem verificados como tal, e que podem enganar os leitores”.¹⁰

Essas notícias falsas, somadas com a perda de confiança nos veículos tradicionais de informações, juntamente com sensacionalismo e a rapidez para sua divulgação, contribui para essa ascensão de veículos de informação de caráter duvidoso.

Moretzsohn assevera que o comportamento de diversos usuários das redes sociais se define com o “compartilhamento de informações sem qualquer preocupação com a veracidade, que resulta na disseminação de boatos ou de trucagens assumidas como verdadeiras”.¹¹

Ainda, Silveira, Sanchotene e Lavarda aduzem que a desinformação pode aparecer de diversas formas:

⁹ EL PAÍS. Zygmunt Bauman: “As redes sociais são uma armadilha”. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html> Acesso em: 23 nov. 2022.

¹⁰ ALLCOTT, H., & GENTZKOW, M. **Social media and fake news in the 2016 election**. Journal of Economic Perspectives, vol 31(2), 211-236, 2017.

¹¹ MORETZSOHN, Sylvia Debossan. “Uma legião de imbecis”: hiperinformação, alienação e o fetichismo da tecnologia libertária. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 294-306, nov. 2017

os propagadores de boatos podem ser estritamente egoístas (se favorecem prejudicando alguém), egoístas (atraem leitores ou internautas através de boatos), altruístas (quando estão ligados a alguma espécie de causa) e maldosos (que espalham com o intuito de prejudicar os outros, sem favorecimento a si ou a uma causa).¹²

Deste modo, o que se observa é que as notícias falsas em comento têm um amplo impacto nas instituições, de modo que a democracia, que já está em crise, é abalada pela gama de desinformação proliferada no cenário brasileiro contemporâneo, o que será apreciado a seguir.

2. AS CONSEQUÊNCIAS DA DESINFORMAÇÃO PARA A MANUTENÇÃO DO REGIME DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Atualmente é possível encontrar informações de forma abundante nos mais diferentes meios, sendo principalmente na forma digital. Com a facilidade proporcionada pela tecnologia, todos podem divulgar informações, espalhando a notícia instantaneamente na internet, principalmente pelas redes sociais como *Twitter*, *Facebook*, *Instagram* ou por meio de aplicativo de mensagens instantâneas como *Whatsapp* e *Telegram*.

O mencionado acesso a uma grande quantidade de notícias de forma imoderada acabam aumentando a possibilidade de disseminar a desinformação, posto que por muitas vezes não se pode dar conta de absorver tudo e, além disso, grande parte gerada por esses novos meios de informação. As redes sociais tentam se adequar a essa nova realidade e começam a trabalhar em meios de combater a divulgação de desinformação por suas redes, como o Twitter que divulgou por nota:

"Esperamos que a ferramenta de denúncias ajude nossas equipes a entender melhor novas narrativas e tendências em desinformação, em escala, e contribua para que avancemos na capacidade de detectar conteúdo enganoso no Twitter em tempo real"¹³

Neste aspecto, o *Telegram*, no início de 2022, firmou um termo de adesão ao Programa Permanente de Enfrentamento à Desinformação no Âmbito da Justiça Eleitoral, promovido pelo Tribunal Superior Eleitoral com a finalidade de combater os conteúdos falsos relacionados à justiça eleitoral.¹⁴

¹² SILVEIRA, Ada C. Machado da; SANCHOTENE, Carlos; LAVARDA, Suélen de Lima. **Quando as Notícias mais Compartilhadas são Falsas:** a Circulação de Boatos durante a Semana do Impeachment no Facebook. Comunicação & Informação, Goiânia, Go, v. 20, n. 3, p. 99-112, out./dez. 2009.

¹³CORREIO BRAZILIENSE. **Artigo:** Combate à desinformação. Disponível em:<<https://www.correiobraziliense.com.br/opiniaio/2022/01/4978231-artigo-combate-adesinformacao.html>> Acesso em: 24 nov. 2022.

¹⁴ BRASIL. TSE. **Telegram assina adesão ao Programa de Enfrentamento à Desinformação do TSE.** Disponível em:<<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Marco/telegram-assina-adesao-aoprograma-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse>> Acesso em: 24 nov. 2022. 13

Outrossim, o Tribunal Superior Eleitoral igualmente divulgou por nota que "a finalidade da parceria é combater os conteúdos falsos relacionados à Justiça Eleitoral, ao sistema eletrônico de votação, ao processo eleitoral nas diferentes fases e aos atores nele envolvidos". Ademais, o Tribunal Superior Eleitoral também firmou acordo com as demais plataformas TikTok, Facebook, WhatsApp, Google, Instagram, YouTube e Kwai.¹⁵

Sendo assim, resta evidente que a desinformação gera diversas inseguranças, inclusive para a democracia. As *Fake News* acabam desrespeitando muitas instituições. Deste modo as redes sociais ao invés de permitir o debate sadio, acabam ferindo a democracia.

O crescimento do radicalismo político, somado à polarização do Brasil, são consequência e ao mesmo tempo, causas da falta de estabilidade democrática. A influência do poder econômico e das redes sociais também contribuem para o enfraquecimento da democracia.

É necessário ressaltar a importância do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição Federal de 1988 e, por conseguinte, do próprio regime democrático. A gama de notícias falsas envolvendo o Supremo são nocivas ao sistema político e a firmação da democracia no país em comento. Assim é necessário que se tenha instituições fortes, visto que a constituição por si só não garante a democracia, nesse sentido Levitsky e Ziblatt:

Nem mesmo constituições bem-projetadas são capazes, por si mesmas, de garantir a democracia. Primeiro, porque constituições são sempre incompletas. Como qualquer conjunto de regras, elas têm inúmeras lacunas e ambiguidades. Nenhum manual de operação, não importa quão detalhado, é capaz de antecipar todas as contingências possíveis ou prescrever como se comportar sob todas as circunstâncias.¹⁶

Destarte, em que pese, hajam benefícios no uso das redes sociais, é preciso estar ciente do que dispõe Byung-Chul Han em sua obra intitulada "Infocracia: digitalização e a crise da democracia":

A digitalização do mundo da vida avança, implacável. Submete a uma mudança radical nossa percepção, nossa relação com o mundo, nossa convivência. Ficamos atordoados pela embriaguez de comunicação e informação. O tsunami de informação desencadeia forças destrutivas. Abrange também, nesse meio-tempo, âmbitos políticos e leva a fraturas e rupturas massivas no processo democrático. A democracia degenera em infocracia.¹⁷

Desta forma, é temerário o impacto das redes sociais com a proliferação de notícias falsas para a manutenção da democracia e das instituições que são relacionadas. Sendo assim, as consequências da desinformação para a democracia diversa, sendo a mais preocupante a possibilidade de uma ruptura social que estimule regimes autoritários.

¹⁵ SADI, Andreia. **Telegram assina parceria com TSE para combate à desinformação nas eleições**. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2022/03/25/telegram-assina-parceria-com-tse-para-combate-a-desinformacao-naseleicoes.ghtml>> Acesso em: 24 nov. 2022

¹⁶ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018, p. 100.

¹⁷ HAN, Byung-Chul. **Infocracia: digitalização e a crise da democracia**. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022, p. 25.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A internet e as redes sociais estão formando um complexo esquema de transformações muito rápidas. Tais transformações podem trazer benefícios, porém se faz necessária uma conscientização dos usuários da internet, sobretudo das redes sociais, para que a ferramenta que hoje possibilita a integração de pessoas, o compartilhamento de informações e a disseminação de novas ideias, não se transforme em um instrumento de repressão e de arbitrariedades.

Com a facilidade trazida pelas redes sociais, entre elas a possibilidade de divulgação de informações rapidamente, veio também outra facilidade: a de propagação de informações falsas. A forma como as notícias são divulgadas passou por uma grande revolução desde o início do século XXI, e a divulgação de informações por redes sociais é uma dessas principais mudanças.

Grande parte da população, com a chegada de novas tecnologias, passou a deixar de lado as grandes mídias e, assim, passaram a se informar pelas redes sócias, visto que a informação chega quase que instantaneamente com o fato ocorrido.

As redes sociais tem papel fundamental nos dias atuais, principalmente para comunicação, onde a troca de mensagens instantâneas tem impacto direto no nosso cotidiano. Com essa facilidade de troca de informações não é difícil que informações falsas acabem sendo divulgadas,

Isto significa que foi aberto um espaço para que pessoas se aproveitassem dessas novas tecnologias para a divulgação de informações falsas, o que causa diversos problemas, inclusive para a garantia do regime democrático.

É preciso ter clareza para enfrentar o problema que as *Fake News* implicam na democracia. Não é possível ter um regime democrático forte se as instituições forem constantemente afetadas pela desinformação. Portanto, urge uma ampla educação social para que o uso das ferramentas tecnológicas não se torne uma forma de prejudicar os avanços da democracia.

REFERÊNCIAS

ALLCOTT, H., & GENTZKOW, M. **Social media and fake news in the 2016 election**. Journal of Economic Perspectives, vol 31(2), 211-236, 2017.

BRASIL. TSE. **Telegram assina adesão ao Programa de Enfrentamento à Desinformação do TSE**. Disponível em:

<https://www.tse.jus.br/comunicacao/noticias/2022/Marco/telegram-assinaadesao-ao-programa-de-enfrentamento-a-desinformacao-do-tse>> Acesso em: 24 nov. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2007;

CORREIO BRAZILIENSE. **Artigo:** Combate à desinformação. Disponível em: <https://www.correiobraziliense.com.br/opiniaio/2022/01/4978231-artigocombate-a-desinformacao.html>> Acesso em: 24 nov. 2022.

EL PAIS. **Zygmunt Bauman:** “As redes sociais são uma armadilha”. Disponível em:

https://brasil.elpais.com/brasil/2015/12/30/cultura/1451504427_675885.html> Acesso em: 23 nov. 2022.

HAN, Byung-Chul. **Infocracia:** digitalização e a crise da democracia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2022.

HUMANTECH. **Relações líquidas:** diferenças entre amizades reais e virtuais. Disponível em: <https://www.oconhecimento.com.br/relacoes-liquidasdiferencas-entre-amizades-reais-e-virtuais/>> Acesso em: 23 nov. 2022

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. **Como as democracias morrem**. – 1.ed. – Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

MAFFESOLI, Michel. **Notas sobre a pós-modernidade:** o lugar faz o elo. Rio de Janeiro: Atlântica, 2004.

MORETZSOHN, Sylvia Debossan. **“Uma legião de imbecis”:** hiperinformação, alienação e o fetichismo da tecnologia libertária. Liinc em Revista, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 294-306, nov. 2017

SADI, Andreia. **Telegram assina parceria com TSE para combate à desinformação nas eleições.** Disponível em:

<https://g1.globo.com/politica/blog/andreia-sadi/post/2022/03/25/telegramassina-parceria-com-tse-para-combate-a-desinformacao-nas-eleicoes.ghtml>> Acesso em: 24 nov. 2022

SILVEIRA, Ada C. Machado da; SANCHOTENE, Carlos; LAVARDA, Suélen de Lima. **Quando as Notícias mais Compartilhadas são Falsas:** a Circulação de Boatos durante a Semana do Impeachment no Facebook. Comunicação & Informação, Goiânia, Go, v. 20, n. 3, out./dez. 2009.

GREENWASHING E A VENDA DE IPHONE SEM CARREGADOR: UM ESTUDO DE CASO COM FOCO EM DECISÕES JUDICIAIS E ADMINISTRATIVAS PROFERIDAS NO ESTADO DE SÃO PAULO

GREENWASHING AND THE SALE OF THE IPHONE WITHOUT CHARGER: A CASE STUDY FOCUSED ON JUDICIAL AND ADMINISTRATIVE DECISIONS ISSUED IN THE STATE OF SÃO PAULO

Julia Fátima Gonçalves Torres¹

RESUMO

Apresentamos como objetivo geral analisar a prática de *greenwashing* na venda de Iphone desacompanhado do carregador de tomada e as providências administrativas e judiciais contra a conduta da fornecedora. Como objetivos específicos apresentamos os conceitos envolvidos e a vulnerabilidade informacional do consumidor nesse enquadramento, indicando os dispositivos legais pertinentes e apresentando as decisões administrativas e judiciais no estado de São Paulo sobre o tema sob a perspectiva das normas protetivas do consumidor. Optamos pelo método indutivo e abordagem qualitativa amparada pela pesquisa descritiva consistente em estudo de caso. Como técnica de pesquisa utilizamos a documentação indireta, especificamente a pesquisa bibliográfica amparada na literatura especializada e a pesquisa documental consistente no estudo da legislação e das decisões administrativas e judiciais pertinentes ao tema. Da pesquisa proposta depreendemos que a prática consiste em venda casada reversa e merece a devida condenação, reparando-se os consumidores devidamente, inclusive na esfera coletiva.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do consumidor. Vulnerabilidade informacional. Venda casada reversa. *Greenwashing*. Tutela coletiva.

ABSTRACT

We present as a general objective to analyze the practice of greenwashing in the sale of Iphone unattended to the charger and the measures against the conduct of the supplier. As specific objectives we present the concepts involved and the consumer's informational vulnerability. This study aims to identify the relevant legal provisions and present administrative and judicial decisions in the state of São Paulo on the subject from the perspective of consumer

¹ Mestranda em Direitos Sociais pela UFPel sob a orientação do Professor Doutor Fernando Costa de Azevedo. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa em Direito do Consumidor – GECON da UFPel. Especialista em Direito de Família e Sucessões e em Direito Civil e Processual Civil pela ESA-Santos/SP. Advogada. E-mail: juliafgt@hotmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4989741699721628>. ORCID: 0000-0001-6771-5922.

protection standards. We chose the inductive method and qualitative approach supported by consistent descriptive research in a case study. As a research technique we use indirect documentation, specifically bibliographic research supported in the specialized literature and documentary research consistent in the study of legislation and administrative and judicial decisions relevant to the subject. We conclude that the practice consists of reverse tying practice and deserves due condemnation, repairing the consumers properly, including in the collective sphere.

KEY-WORDS: Consumer law. Informational vulnerability. Reverse tying practice. Greenwashing. Collective protection.

INTRODUÇÃO

A pesquisa é realizada no contexto das relações de consumo na sociedade contemporânea com foco na vulnerabilidade do consumidor. Debruça-se, assim, sobre os direitos sociais considerando-se que o direito consumerista não objetiva a regulação do mercado ou das relações contratuais mas, ao contrário, a proteção do sujeito vulnerável da relação de consumo sob o manto da tutela individual ou coletiva, projetando seus efeitos na coletividade.

Nessa linha definimos como tema o *greenwashing* e propomos como problema de pesquisa solucionar a seguinte indagação: qual a relação entre os conceitos de *greenwashing* e venda casada quanto à venda de Iphone desacompanhada do respectivo carregador? Para tanto temos como objetivo geral analisar a prática de *greenwashing* pela Apple na venda de Iphone desacompanhado do respectivo carregador de tomada. Adotamos como hipótese que a prática caracteriza venda casada reversa e merece a devida penalização por parte do Poder Público e do Judiciário. Optamos pelo método indutivo e abordagem qualitativa amparada pela pesquisa descritiva consistente em estudo de caso. Como técnica de pesquisa utilizamos a documentação indireta, especificamente a pesquisa bibliográfica amparada na literatura especializada e a pesquisa documental consistente no estudo da legislação e das decisões administrativas e judiciais pertinentes ao tema.

Assim, na primeira parte do texto apresentaremos os conceitos envolvidos e a vulnerabilidade do consumidor nesse enquadramento, indicando os dispositivos legais pertinentes. Na sequência demonstraremos as decisões administrativas e judiciais no estado de São Paulo sobre o tema e, por fim, analisaremos o objeto de pesquisa sob a perspectiva da venda casada reversa.

1. CONCEITOS OPERACIONAIS E LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

A literatura jurídica aponta o discurso do Presidente dos Estados Unidos John Fitzgerald Kennedy realizado em 1962 como o marco inicial do reconhecimento da necessidade de proteção ao consumidor. Com efeito, naquele ano foi enviado ao Congresso daquele País a legislação que influenciaria para sempre as relações de consumo, sendo o discurso ratificado pela Organização das Nações Unidas – ONU, que inclusive incentivou a adoção das medidas protetivas por todos os seus países membros.²

Na sequência a atualização feita em 1999 nas Diretrizes da ONU sobre proteção do consumidor de 1985 receberam um capítulo sobre o consumo sustentável³ sendo reforçada a necessidade de implementação pela revisão operada em 2015⁴. Esse reconhecimento é de fundamental importância vez que, conforme salientou o Secretário Geral da ONU na cerimônia de assinatura do Acordo de Paris, “a era do consumo sem consequências acabou”⁵ considerando-se que a proteção do consumidor, desenvolvimento e meio ambiente são temas intimamente relacionados⁶.

A vulnerabilidade é presumida nas relações de consumo quanto às pessoas naturais e na sua concepção clássica comporta três espécies: técnica, jurídica e fática. Como desdobramento desta última acrescenta-se a vulnerabilidade informacional, consistente na dificuldade enfrentada pelo consumidor em aferir a veracidade das informações prestadas pelo fornecedor por meio da oferta e da publicidade e sua submissão frente ao marketing⁷.

Aos três pilares do conceito clássico de sustentabilidade (o econômico, o social e o ambiental) acrescenta-se, entre outros, a neuroplasticidade do cérebro segundo o qual uma

² IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Os 60 anos do Dia dos Consumidores. **Notícias**. [S. l.], mar. 2022. Disponível em <https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores#:~:text=Kennedy%20come%C3%A7ou%20seu%20discurso%20com,defini%C3%A7%C3%A3o%2C%20somos%20todos%20n%C3%B3s%E2%80%9D>. Acesso em 20 nov. 2022.

³ MARQUES, Claudia Lima. Atualização do código de defesa do consumidor e o diálogo entre o direito do consumidor e o direito ambiental: estudo em homenagem à Eládio Lecey. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (org.). **20º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**: Ambiente, sociedade e consumo sustentável. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015, v. 1. p. 126-145.

⁴ MARQUES, Claudia Lima. Texto das diretrizes de proteção do consumidor, revisão de 2015 pela assembleia geral da ONU, em inglês e espanhol. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 507-554, mar./Abr. 2016.

⁵ UNITED NATIONS. **Secretary-General's remarks to Signature Ceremony for the Paris Agreement [as delivered, bilingual version]**. 22 abr. 2016. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-04-22/secretary-generals-remarks-signature-ceremony-paris-agreement>. Acesso em: 13 set. 2022.

⁶ CIPRIANO, Ana Cândida Muniz; SANTANA, Héctor Valverde. The UN Guidelines for Consumer Protection: Review and Next Steps. In: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (ed.). **Consumer Law and Socioeconomic Development**: National and International Dimensions. Cham: Springer, 2017. p. 25-37.

⁷ MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães (org.). **Direito do consumidor**: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021. (capítulo 8).

postura crítica frente ao sistema consumista é capaz de gerar hábitos de consumo conscientes e moderados e o cuidado essencial com o ser humano⁸.

Os reflexos negativos ao meio ambiente provenientes do pensamento desenvolvimentista presente na sociedade contemporânea fez com que os consumidores passassem a prestar mais atenção nos impactos ambientais produzidos por produtos e serviços em razão da ampla discussão sobre a degradação do meio ambiente pela ação humana razão pela qual a responsabilidade socioambiental, um dever do fornecedor, passou a ser também um diferencial no mercado de consumo com potencial de incrementar seu faturamento⁹.

Enquanto em muitos países europeus a certificação ambiental é uma obrigação legal, forçando as empresas à adequação, nos países pobres ou em desenvolvimento tal não ocorre, sendo comum que os próprios fornecedores atribuam características ecológicas aos produtos disponibilizados no mercado de consumo, o que gera desconfiança. Ademais, nos países em desenvolvimento o consumo sustentável está relacionado também ao atendimento das necessidades básicas das camadas menos favorecidas.¹⁰

Nessa linha, o *greenwashing* ou maquiagem verde consiste na utilização de uma retórica pelo fornecedor no sentido de que o consumidor está adquirindo um produto ou serviço disponibilizado no mercado em conformidade com a sustentabilidade ambiental. Conforme destacado por Méo,

“[...] muitos fornecedores, abusando dessa credibilidade que é depositada pelo consumidor nas informações por ele repassadas, bem como se utilizando de técnicas de *marketing ambiental*, repassam aos consumidores características incorretas, incompletas e/ou não verdadeiras, fazendo com que o cliente seja enganado e adquira produtos e serviços que, em verdade, não possuem qualidades ambientais positivas.”¹¹

A literatura aponta os seis pecados do *greenwashing*: falta de provas, troca oculta, vagueza, irrelevância, menor dos males e afirmação falsa¹². A falta de provas consiste na ausência de certificação confiável, como por exemplo lenços faciais ou papel higiênico com menção a conteúdo reciclado pós-consumo sem fornecimento de evidências. A troca oculta por sua vez desconsidera questões ambientais importantes, como o exemplo de papel proveniente de uma floresta colhida de forma sustentável desconsiderando as emissões de gases de efeito

⁸ BOFF, Leonardo. **La sostenibilidad**: Qué es y qué no es. Santander: Sal Terrae, 2013.

⁹ MÉO, Letícia Carolina. **Greenwashing e o direito do consumidor**: como prevenir (ou reprimir) o marketing ambiental ilícito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

¹⁰ MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE; MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Consumo Sustentável**: Manual de educação. Brasília: Consumers International/ MMA/MEC/IDEC, 2005.

¹¹ **O greenwashing como problema do sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017, p. 68, itálico do original.

¹² TERRA CHOICE. Environmental Marketing Inc. **The six sins of greenwashing** – a Study of Environmental Claims in North American Consumer Markets: a ‘Green Paper’. [S.l.], nov. 2007.

estufa ou o uso de cloro no branqueamento. Quanto à vagueza, não há informações mínimas que possam aferir a veracidade da certificação, com uso de expressões como “todo-natural” (componentes como arsênio, urânio, mercúrio e formaldeído são naturais). O fornecedor utiliza-se também do artifício de atribuir informação irrelevante, como a inexistência de substâncias proibidas na fabricação do produto, como “CFC-free (CFC’s são proibidos por lei). No caso do menor dos males o fornecedor chama a atenção para um detalhe em detrimento da prejudicialidade do produto como um todo, caso de cigarros orgânicos e de veículo utilitário esportivo de baixo consumo de combustível. Por fim, verifica-se ainda casos em que simplesmente a alegação do fornecedor é falsa, sem qualquer amparo em provas¹³.

Nos Estados Unidos, a agência reguladora do mercado concorrencial e dos direitos do consumidor apontou algumas expressões que podem deixar o consumidor em dúvida, apontando os seguintes exemplos: “compostável, amigo do ambiente, 50% mais reciclável, (bio)degradável, mais ecológico, reciclável, 100% natural, ambientalmente aprovado (referências a falsos rótulos ambientais), energia renovável, amigo da camada de ozônio, refil, reduz emissões / aumenta créditos de carbono”¹⁴.

O Código de Defesa do Consumidor garante em seu artigo 6º, inciso III o direito à informação adequada e clara bem como proíbe toda publicidade enganosa, assim considerada a falsa ou capaz de induzir em erro o consumidor nos termos do artigo art. 37, §§ 1º e 3º estabelecendo ainda no artigo 38 que no caso da publicidade o ônus da prova será sempre do fornecedor. O Código em seu artigo 39, I também proíbe a prática da venda casada, consistente em condicionar o fornecimento de um produto ou serviço a outro de forma a compelir o consumidor a adquirir ambos em razão de sua necessidade¹⁵.

Importante destacar a Lei 13.186/15, que dentre os objetivos da Política de Educação para o Consumo Sustentável prevê o zelo pelo direito à informação e pelo fomento à rotulagem ambiental e o incentivo à certificação ambiental (art. 2º, VIII e IX)¹⁶. Ademais, o Projeto de Lei nº 3.514/2015, de atualização do CDC, objetiva incluir como princípio da Política Nacional das

¹³ TERRA CHOICE, **The six sims of greenwashing**; IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Mentira verde**: a prática de Greenwashing nos produtos de higiene, limpeza e utilidades domésticas no mercado brasileiro e suas relações com os consumidores. São Paulo: Idec, Jul. 2019.

¹⁴ FEDERAL TRADE COMMISSION (FTC). 16 CFR Part 260: Guides for the use of environmental marketing claims; Final Rule. **Federal Register**, n. 197, v. 77, p. 62122 a 62132, 11 out. 2012. Disponível em: <<http://www.ftc.gov/os/fedreg/2012/10/greenguidesfrn.pdf>>. Acesso em: 12 abr. 2013 *apud* BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Consumo sustentável**: Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (Coord.) [et al.]; Brasília: Ministério da Justiça, 2013, p. 132.

¹⁵ BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 19 nov. 2022.

¹⁶ BRASIL. **Lei nº 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 20 nov. 2022.

Relações de Consumo a atuação governamental de proteção do consumidor por meio de incentivo a padrões de produção e consumo sustentáveis e também reconhecer como direito básico do consumidor a informação ambiental veraz e útil, com observância da Política Nacional de Resíduos Sólidos¹⁷. Marques¹⁸ sugere ainda que a atualização do CDC inclua expressamente como prática abusiva a ofensa ao direito de informar sobre aspectos ambientais do produto e serviço.

Assim, o arcabouço legislativo existente no Brasil dá conta de caracterizar e punir o *greenwashing* sendo relevante inclusive o disposto no artigo 60 do Código de Defesa do Consumidor, segundo o qual a prática de publicidade enganosa ou abusiva enseja o dever de contrapropaganda sempre às expensas do infrator veiculada na mesma proporção (forma, frequência e dimensão e, preferencialmente no mesmo veículo, local, espaço e horário).

2. A VENDA DE APARELHOS DESACOMPANHADOS DO CARREGADOR E O POSICIONAMENTO NA ESFERA ADMINISTRATIVA E JUDICIAL NO ÂMBITO DO ESTADO DE SÃO PAULO

A Apple alega que desde 2020 é uma empresa neutra em emissões de carbono e que até 2030 todos os seus produtos também serão¹⁹. Com o lançamento do Iphone 12, em outubro de 2020, a empresa deixou de incluir o adaptador de tomada em todos os seus celulares alegando atender, assim, aos seus objetivos ambientais²⁰.

No entanto, especificamente com relação aos carregadores da linha Iphone, a empresa não esclarece sobre a durabilidade dos carregadores disponibilizados no mercado, sobre a destinação do lixo eletrônico e educação para o uso e descarte conscientes, sobre a emissão de carbono com a venda individualizada do carregador, sobre a redução de preço dos produtos da linha e como lida com a questão da obsolescência programada²¹.

¹⁷ BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 3.514, de 4 de novembro de 2015**. Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico [...]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 13 jun. 2022.

¹⁸ **Atualização do código de defesa do consumidor e o diálogo entre o direito do consumidor e o direito ambiental**: estudo em homenagem à Eládio Lecey.

¹⁹ APPLE COMPUTER BRASIL. Meio Ambiente. **Apple**, São Paulo, 2022. Disponível em <<https://www.apple.com/br/environment/>>. Acesso em 05 de Agosto, 2021.

²⁰ G1. Ministério da Justiça determina suspensão de venda de iPhone sem carregador e aplica multa de R\$ 12 milhões à Apple. **Tecnologia**, [S.l.], 06 set. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/09/06/ministerio-da-justica-determina-suspensao-de-venda-de-iphone-sem-carregador-e-aplica-multa-de-r-12-milhoes-a-apple.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

²¹ Méo, Leticia Caroline. Disse a Apple que vender iphone sem carregador ajudaria a preservar o meio ambiente... **Letícia Méo**, [S.l.], 22 mar. 2021. Disponível em: <http://leticiameo.adv.br/disse-a-apple-que-vender-iphone-sem-carregador-ajudaria-a-preservar-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 20 out. 2022.

Por conta da venda de celulares sem os respectivos carregadores de energia o PROCON-SP sancionou a Apple Computer do Brasil no valor de R\$10.546,442,48, o que não impediu a permanência da prática infrativa. Então, em maio deste ano a Secretaria Nacional do Consumidor - SENACON, por meio de Ofício-Circular encaminhado aos PROCON'S de todo o Brasil, recomendou a instauração de procedimentos apuratórios sobre a prática, pontuando que a conduta revela uma tendência de mercado de retirar da embalagem tudo que não seja o produto objetivamente vendido, alertando que o carregador integra o “conceito funcional de produto”, assim como destacando que a empresa aparentemente já contava com a possibilidade de penalização considerando os limites das multas do SNDC, que não abalaria os lucros astronômicos que obtém com a manutenção do ilícito²².

Ademais, em nota encaminhada ao portal G1 a Apple alega ter ganhado várias decisões judiciais no Brasil sobre o assunto²³. Em setembro de 2022 o Ministério da Justiça determinou a proibição de venda de iPhone sem o respectivo carregador e aplicou multa de doze milhões à Apple, cuja exigibilidade no entanto ficou suspensa caso a empresa suspendesse as vendas dos celulares sem carregador²⁴.

Mais recentemente, em outubro deste ano uma decisão de primeira instância do Tribunal de Justiça de São Paulo no bojo de uma Ação Civil Pública condenou a Apple Computer Brasil Ltda à entrega dos adaptadores para recarga aos consumidores que adquiriram aparelhos desacompanhados do referido acessório, determinando que todos os celulares vendidos passem a ser acompanhados do respectivo carregador, tendo sido também a empresa condenada ao pagamento de indenização por danos sociais, no valor de cem milhões de reais²⁵.

Assim, o caso específico apresentado é um exemplo prático de *greenwashing*, sendo clara a falta de provas a amparar a prática, que portanto se revela abusiva por colocar o consumidor em desvantagem exagerada, assim como caracteriza publicidade abusiva.

²² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Civil Pública nº 1078527-71.2022.8.26.0100. Requerente: Associação Brasileira dos Mutuários, Consumidores e Contribuintes -ABMCC. Requerido: Apple Computer Brasil Ltda. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S001LBR20000&processo.foro=100&processo.numero=1078527-71.2022.8.26.0100&gateway=true>. Acesso em: 20 out. 2022.

²³ G1. Justiça de SP condena Apple em R\$ 100 milhões e obriga empresa a vender celulares com carregadores. **G1 SP**, [S. /], 13 out. 2022a. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/10/13/justica-de-sp-condena-apple-em-r-100-milhoes-e-obriga-empresa-a-vender-celulares-com-carregadores.ghtml>. Acesso em 20 out. 2022.

²⁴ G1. Ministério da Justiça determina suspensão de venda de iPhone sem carregador e aplica multa de R\$ 12 milhões à Apple.

²⁵ BRASIL. Ação Civil Pública nº 1078527-71.2022.8.26.0100.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Percebemos, assim, o advento da preocupação na proteção do consumidor desde a década de 1960, o que vem se aperfeiçoando ao longo do tempo, a exemplo das atualizações realizadas em 1999 e em 2015 nas Diretrizes da ONU sobre a proteção do consumidor para tratar inclusive do consumo sustentável.

Quanto ao *greenwashing*, representa ofensa ao direito à informação adequada e clara por meio de oferta e publicidade que retratam de maneira equivocada atributos ambientais de produtos colocados à disposição no mercado de consumo. Com isso e tendo em conta a valorização do desenvolvimento sustentável fornecedores se apropriam de uma imagem ecologicamente positiva para causar danos ao mercado de consumo inclusive de forma coletiva, notadamente em países em desenvolvimento, que não possuem tradição de certificação ambiental.

Caso típico dessa prática enganosa é a venda de celulares desacompanhados do carregador pela empresa Apple, gigante do ramo da tecnologia que, a despeito de defender que está comprometida com a eliminação das emissões de carbono, na prática adota conduta questionável e desarrazoada consistente em vender celulares desacompanhados do respectivo carregador, utensílio indispensável para a utilização do bem comercializado.

Tal prática suscitou medidas enérgicas tanto em sede administrativa quanto em sede judicial no Estado de São Paulo tendentes a obrigar a empresa a retomar o fornecimento dos celulares juntamente com os carregadores.

Em vista dos princípios protetivos entendemos que de fato está caracterizada a prática abusiva descrita no artigo 39, I do CDC diante da venda casada reversa, ou seja, a necessidade de adquirir um novo produto para que se possa utilizar um produto posto à venda no mercado de consumo. Em outras palavras, a Apple disponibiliza um produto obrigando o consumidor à compra do carregador, considerado acessório pela marca mas indiscutivelmente indispensável para o uso do telefone. Tudo sob o argumento que a conduta é amparada por medidas ecologicamente sustentadas, para o que não há a mínima prova.

REFERÊNCIAS

APPLE COMPUTER BRASIL. Meio Ambiente. **Apple**, São Paulo, 2022. Disponível em <<https://www.apple.com/br/environment/>>. Acesso em 05 de Agosto, 2021.

BOFF, Leonardo. **La sostenibilidad**: Qué es y qué no es. Santander: Sal Terrae, 2013.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 19 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 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 20 nov. 2022.

BRASIL. Secretaria Nacional do Consumidor. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. **Consumo sustentável:** Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor. LEMOS, Patrícia Faga Iglecias (Coord.) [et al.]; Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de lei n. 3.514, de 4 de novembro de 2015.** Altera a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), para aperfeiçoar as disposições gerais do Capítulo I do Título I e dispor sobre o comércio eletrônico [...]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2052488>. Acesso em: 13 jun. 2022.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Civil Pública nº 1078527-71.2022.8.26.0100. Requerente: Associação Brasileira dos Mutuários, Consumidores e Contribuintes -ABMCC. Requerido: Apple Computer Brasil Ltda. Disponível em: <https://esaj.tjsp.jus.br/cpopg/show.do?processo.codigo=2S001LBR20000&processo.foro=100&processo.numero=1078527-71.2022.8.26.0100&gateway=true>. Acesso em: 20 out. 2022.

CIPRIANO, Ana Cândida Muniz; SANTANA, Héctor Valverde. The UN Guidelines for Consumer Protection: Review and Next Steps. *In*: MARQUES, Claudia Lima; WEI, Dan (ed.). **Consumer Law and Socioeconomic Development:** National and International Dimensions. Cham: Springer, 2017. p. 25-37.

G1. Justiça de SP condena Apple em R\$ 100 milhões e obriga empresa a vender celulares com carregadores. **G1 SP**, [S. l.], 13 out. 2022a. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2022/10/13/justica-de-sp-condena-apple-em-r-100-milhoes-e-obriga-empresa-a-vender-celulares-com-carregadores.ghtml>. Acesso em 20 out. 2022.

G1. Ministério da Justiça determina suspensão de venda de iPhone sem carregador e aplica multa de R\$ 12 milhões à Apple. **Tecnologia**, [S.l.], 06 set. 2022b. Disponível em: <https://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2022/09/06/ministerio-da-justica-determina-suspensao-de-venda-de-iphone-sem-carregador-e-aplica-multa-de-r-12-milhoes-a-apple.ghtml>. Acesso em: 20 out. 2022.

IDEC – Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. Os 60 anos do Dia dos Consumidores. **Notícias**. [S. l.], mar. 2022. Disponível em <https://idec.org.br/noticia/os-60-anos-do-dia-dos-consumidores#:~:text=Kennedy%20come%C3%A7ou%20seu%20discurso%20com,defini%C3%A7%C3%A3o%2C%20somos%20todos%20n%C3%B3s%E2%80%9D>. Acesso em 20 nov. 2022.

IDEC - Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor. **Mentira verde**: a prática de Greenwashing nos produtos de higiene, limpeza e utilidades domésticas no mercado brasileiro e suas relações com os consumidores. São Paulo: Idec, Jul. 2019.

MARQUES, Claudia Lima. Atualização do código de defesa do consumidor e o diálogo entre o direito do consumidor e o direito ambiental: estudo em homenagem à Eládio Lecey. In: BENJAMIN, Antonio Herman; LEITE, José Rubens Morato (org.). **20º Congresso Brasileiro de Direito Ambiental**: Ambiente, sociedade e consumo sustentável. São Paulo: Instituto O Direito por um Planeta Verde, 2015, v. 1. p. 126-145.

MARQUES, Claudia Lima. Texto das diretrizes de proteção do consumidor, revisão de 2015 pela assembleia geral da ONU, em inglês e espanhol. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 104, p. 507-554, mar./Abr. 2016.

Méo, Letícia Caroline. Disse a Apple que vender iphone sem carregador ajudaria a preservar o meio ambiente... **Letícia Méo**, [S.l.], 22 mar. 2021. Disponível em: <http://leticiameo.adv.br/disse-a-apple-que-vender-iphone-sem-carregador-ajudaria-a-preservar-o-meio-ambiente/>. Acesso em: 20 out. 2022.

MÉO, Letícia Carolina. **Greenwashing e o direito do consumidor**: como prevenir (ou reprimir) o marketing ambiental ilícito. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

MÉO, Letícia Carolina. **O greenwashing como problema do sistema jurídico brasileiro de defesa do consumidor**. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2017.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE; MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO; INSTITUTO BRASILEIRO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. **Consumo Sustentável**: Manual de educação. Brasília: Consumers International/ MMA/MEC/IDEC, 2005.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães (org.). **Direito do consumidor**: 30 anos do CDC: da consolidação como direito fundamental aos atuais desafios da sociedade. Rio de Janeiro: Forense, 2021. (capítulo 8).

TERRA CHOICE. Environmental Marketing Inc. **The six sims of greenwashing** – a Study of Environmental Claims in North American Consumer Markets: a 'Green Paper'. [S.l.], nov. 2007.

UNITED NATIONS. **Secretary-General's remarks to Signature Ceremony for the Paris Agreement [as delivered, bilingual version]**. 22 abr. 2016. Disponível em: <https://www.un.org/sg/en/content/sg/statement/2016-04-22/secretary-generals-remarks-signature-ceremony-paris-agreement>. Acesso em: 13 set. 2022.

A (HIPER)VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR MIGRANTE À LUZ DA CODIFICAÇÃO CONSUMERISTA

THE (HYPER)VULNERABILITY OF THE MIGRANT CONSUMER IN THE LIGHT OF CONSUMER CODING

Jovana De Cezaro¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O presente estudo tem por objetivo analisar a proteção ao consumidor migrante, à luz da vulnerabilidade. Justifica-se a importância do estudo, em razão do grande número de pessoas deslocadas de seus países, que escolhem o Brasil como destino e tendo em vista a necessidade de maior proteção do consumidor migrante, por motivos que agravam sua fragilidade. Nesse contexto, indaga-se: o consumidor migrante pode ser considerado vulnerável e, com isso, necessitar uma maior proteção? Busca-se analisar o fenômeno da migração, a proteção do consumidor no Brasil, bem como aplicação da legislação consumerista, sob o aspecto da vulnerabilidade agravada dos consumidores migrantes na sociedade de consumo. Nesse contexto, conclui-se que os consumidores migrantes são mais vulneráveis, devendo aplicar a estes o instituto da hipervulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Hipervulnerabilidade. Migrante. Vulnerabilidade agravada.

ABSTRACT

This study aims to analyze the protection of migrant consumers, in the light of vulnerability. The importance of the study is justified, due to the large number of people displaced from their countries, who choose Brazil as a destination and in view of the need for greater protection of the migrant consumer, for reasons that aggravate their fragility. In this context, the question is asked: can migrant consumers be considered vulnerable and, therefore, in need of greater protection? It seeks to analyze the phenomenon of migration, consumer protection in Brazil, as well as the application of consumerist legislation, from the point of view of the aggravated vulnerability of

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito do Trabalho pela FAVENI. Pós-Graduada em Advocacia Cível pela FMP. Conciliadora Cível na Comarca de Casca. Advogada. Integrante 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". Endereço de e-mail: jovanadc@hotmail.com.

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestra em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: nadyatonial@gmail.com.

migrant consumers in the consumer society. In this context, it is concluded that migrant consumers are more vulnerable, and the hypervulnerability institute should be applied to them.

KEYWORDS: Consumer. Hypervulnerability. Migrant. Aggravated vulnerability.

INTRODUÇÃO

O presente estudo visa analisar a proteção do consumidor migrante no Brasil, bem como a aplicação do instituto consumerista da hipervulnerabilidade, tendo em vista a necessidade de maior proteção destes, do que os consumidores em geral.

O presente trabalho se justifica em razão do grande número de migrantes que escolhem o Brasil como destino. Logo, é necessária uma reflexão da proteção dos migrantes em nosso país, especialmente na aplicação da legislação consumerista, sob o aspecto da vulnerabilidade agravada destes.

Com isso, o problema a investigar assenta-se no seguinte questionamento: o consumidor migrante pode ser considerado vulnerável e, com isso, necessitar uma maior proteção? Para responder a problemática jurídica, adotou-se o método hermenêutico, sendo a técnica de pesquisa eleita a bibliográfica.

À vista disso, objetiva-se compreender, no presente estudo, o fenômeno da migração e a necessidade de tratamento humanitário a estes. Ainda, estudar a proteção constitucional da defesa do consumidor, materializada pelo Código de Defesa do Consumidor. Por fim, analisar a aplicação do fenômeno da hipervulnerabilidade ao consumidor migrante.

1. O FENÔMENO DA MIGRAÇÃO

Ao longo da história o ser humano migrou para garantir a existência de sua espécie, sobrevivência ou em busca de um recomeço por melhores condições de vida, sempre em busca da dignidade da condição humana. Assim, a migração é um fenômeno humano que permeia a história e configura-se pelo deslocamento de pessoas entre diferentes regiões e países.

Verifica-se que,

a migração está associada de maneira indissolúvel ao movimento e ao deslocamento espacial e, nesse sentido, é uma característica nata nos seres humanos. No entanto, sua organização implica a formação e reestruturação constante de delimitações territoriais, formando processos de identidade social no interior das mesmas e de diferenciação com relação aos espaços externos. Tais delimitações podem ser cidades, regiões ou continentes, mas a divisão política em países ou estados nacionais configurou espaços de reprodução social no interior dos mesmos, de atração da população proveniente de outros espaços, de regulação para a entrada e saída de pessoas de uma determinada população

etc. Os fluxos são estimulados ou repelidos em função das circunstâncias específicas das sociedades e das políticas exercidas.³

Existem algumas teorias que detalham ou explicam alguns padrões de migração, trazendo as razões desse processo. Segundo Giddens:

As teorias iniciais sobre a migração centravam-se sobre os chamados factores "push and pull" ("empurrar e puxar"). Os factores "push" referem-se a dinâmicas dentro de um país de origem que forçam as pessoas a emigrar, tais como a guerra, a fome, a opressão política ou a pressão demográfica. Os factores "pull" pelo contrário, são as características dos países de destino que atraem os imigrantes: mercados de trabalho prósperos, melhores condições gerais de vida ou menor densidade populacional podem "puxar" os imigrantes para essas regiões.⁴

Conforme estudos atuais, essas teorias são consideradas simplistas, especialmente considerando-se os processos migratórios cada vez mais rápidos, objetivos e globais.

Conforme Bauman o processo de migração em massa não é algo atual, mas acompanha o modo de vida moderno, o qual, o progresso econômico torna várias pessoas desnecessárias a economia do Estado e os conflitos consideram várias destas pessoas intransigíveis na luta por poder.⁵

O ato de migrar entre regiões ou países dos quais não se tem cidadania envolve a figura do imigrante, ser humano sujeito de direitos e obrigações. Trata-se de um fenômeno transnacional, com o estabelecimento de redes ou ligações tanto no país de origem quanto no de destino (sem haver obrigatoriamente de um único lugar de origem e destino).⁶

A partir do final do século XIX, houve grandes fluxos migratórios mundiais⁷ que "fomentaram o reconhecimento, no âmbito do direito internacional, do indivíduo como sujeito de direito, e consequentemente a humanização das políticas estatais voltadas ao estrangeiro".⁸

³ MORALES, Luís Ignacio Román. Migração no México: tendências e consequências. In: Cadernos Adenauer X. **Migração e Políticas Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 43-68. p. 44.

⁴ GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos e Vasco Gil. 4. Ed. – Lisboa: Polity Press, 2008. p. 261-262.

⁵ BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017. p. 09.

⁶ PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a união europeia. In: CRUZ, Paulo Márcio; DANTES, Marcelo Buzaglo (org.). **Direito e transnacionalização**. Itajaí: Univali, 2013. p. 38.

⁷ Diante da maior crise migratória já vivenciada, faz-se necessária a análise do viés sociológico do refúgio, considerando o sofrimento daqueles que são forçados a deixar seus países, sendo necessário "pensar como migrante não apenas quem migra, mas o conjunto da unidade social de referência do migrante que se desloca. Mesmo que uma parte da família fique no lugar de origem e apenas outra parte se desloque para o lugar de destino. No entanto, todos padecem as consequências da migração, embora não sejam estatisticamente migrantes. Todos vivem cotidianamente o sonho do reencontro. Vivem todos os dias à espera do ausente". MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo**. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. Petrópolis: Vozes, 2003, p. 145.

⁸ RI, Luciene Dal; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. In: MOURA, Aline Beltrame de; RI, Luciene dal (org.). **Imigração e cidadania: uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu**. Itajaí: Univali, 2018. p. 78. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 17 nov. 2022.

A política de imigração brasileira foi regida de 1980 a 2017 por meio do Estatuto do Estrangeiro que regulamentou boa parte da política nacional de migração. Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 o estatuto tornou-se incoerente em diversos pontos com o sistema constitucional.⁹

Sob a perspectiva constitucional, desde o preâmbulo afirma-se que a República Federativa do Brasil deve refletir uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, destacando-se dentre seus fundamentos, a dignidade humana, e dentre seus objetivos, o de “[...] promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, além de prever que a República Federativa do Brasil, nas relações internacionais, deve ser regida pela prevalência dos direitos humanos.¹⁰

Recentemente, após a promulgação da lei de migração, no Brasil, houve uma mudança de entendimento ao utilizar o termo migrante. Nesse novo conceito lega situa-se o migrante, como detentor de direitos reconhecidos, independentemente de onde ele venha e, pela nova concepção, o referido termo “migrante” utiliza-se também para deslocamentos internacionais e não somente internos.¹¹ Logo,

Os princípios e garantias previstos expressamente na Lei de Migração estão em consonância com as diretrizes de proteção internacional de direitos humanos e direitos dos migrantes e servem para nortear políticas públicas e decisões judiciais. Dentre as principais características da nova lei está a abordagem do tema migração, considerando o imigrante e o emigrante, em base ao enfoque da dignidade da pessoa humana e do desenvolvimento econômico e social, seguindo princípios constitucionais e internacionais, no que concerne ao respeito aos direitos humanos. A nova lei reforça o caráter de abertura do Brasil, na recepção e integração do imigrante, evidenciando o impacto positivo de sua atividade em território nacional, possibilita a recepção de refugiados de conflitos armados e inova na previsão de recepção de vítimas de catástrofes ambientais e sociais. A nova legislação é mais ampla e abrangente em termos de direitos individuais e sociais do que o Estatuto do Estrangeiro e permite a cumulatividade de direitos em relação aos tratados internacionais.¹²

O termo “migrante”, embora não tenha significado expreso na nova Lei de Migração Brasileira, ele é bastante mencionado nesta¹³. Esse termo também pode ser encontrado em

⁹ RI, Luciene Dal; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. p. 87-88.

¹⁰ RI, Luciene Dal; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. p. 88.

¹¹ BRASIL. Lei Federal número 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração.**

¹² RI, Luciene Dal; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. p. 94-95.

¹³ O artigo 1º da Lei número 13.445 de 2017 dispõe “sobre os direitos e os deveres do migrante e do visitante, regula a sua entrada e estada no País e estabelece princípios e diretrizes para as políticas públicas para o emigrante. § 1º Para os fins desta Lei, considera-se: I - (VETADO); II - imigrante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que trabalha ou reside e se estabelece temporária ou definitivamente no Brasil; III - emigrante: brasileiro que se estabelece temporária ou definitivamente no exterior; IV - residente fronteiro: pessoa nacional de país limítrofe ou apátrida que conserva a sua residência habitual em município fronteiro de país vizinho; V - visitante: pessoa nacional de outro país ou apátrida que vem ao Brasil para estadas de curta duração, sem pretensão de se estabelecer temporária ou definitivamente no território nacional; VI - apátrida: pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos

textos referendados de organizações intergovernamentais como a Organização Internacional para as Migrações (OIM), ou acordos internacionais, como a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias de 1990, entre outros.

Nessa senda, o termo migrante e/ou refugiados podem referir-se para qualificar aqueles que partiram de seus países de origem com destino a outros diferentes, embora por razões distintas. A Lei de Migração reconhece ao migrante o direito de transitar, trabalhar ou residir, de forma transitória, temporária ou definitiva no País, recebendo tratamento humanitário, efetivando o disposto no art. 4º, inciso II, da Constituição Federal de 1988.¹⁴

Assim, não importa a nacionalidade, toda pessoa independente de sua origem geográfica, em território brasileiro estará sujeita a todos os deveres e garantias previstas em seus direitos fundamentais, conforme previsto no caput do artigo 5º da Constituição Federal, igualmente no artigo 4º da Lei de Migração.¹⁵

Independente do motivo que são recebidos em solo brasileiro, os migrantes serão consumidores e, conseqüentemente, vulneráveis, conforme disposição do Código de Defesa do Consumidor. Dessa forma, cabe analisar a proteção do consumidor no Brasil.

2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NO BRASIL

A Constituição Federal de 1988 foi a primeira Constituição Brasileira a garantir, de forma concreta, a necessidade de o Estado proteger os consumidores individualmente ou coletivamente, estabelecendo, inclusive, um prazo para elaboração de um Código de Defesa do Consumidor, que foi consolidado em 1990.

O texto de Projeto de Código culminou na promulgação da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, que dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Mas, a idealização do Código de Defesa do Consumidor iniciou-se antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro". BRASIL. Lei Federal número 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. -Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em 14 nov. 2022.

¹⁴ BRASIL. Lei Federal número 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

¹⁵ BRASIL. Lei Federal número 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

O objetivo primordial do Código de Defesa do Consumidor é “reequilibrar as forças dos sujeitos da relação consumerista, diminuir a vulnerabilidade do consumidor e limitar as práticas nocivas de mercado”.¹⁶

A defesa do consumidor entrou na Constituição Federal 1988 como um dever do Estado, sendo elevado ao status de direito fundamental. Louzada afirma que “a defesa do consumidor é um direito fundamental e um princípio de ordem econômica, do que se deflui que sua tutela deva ser a mais ampla possível”.¹⁷

O direito fundamental de proteção ao consumidor encontra-se elencado no artigo 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal e é dever do Estado, um imperativo constitucional. Essa proteção reflete um direito da mais alta carga axiológica. A defesa do consumidor, além de direito fundamental é também, princípio geral de toda a atividade econômica, elencado no artigo 170, inciso V da Carta Maior.¹⁸

Ao ocupar a posição de direito fundamental no art. 5º, Inciso XXXII e consequentemente cláusula pétrea na Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte determinou ao Estado,

seja o Estado-Juiz (a magistratura em todas as suas instâncias), seja o Estado-executivo (administração, Ministério Públicos, Defensorias Públicas, Advocacia Pública, Procons estaduais e municipais, agências regulatórias) e o Estado-legislador (Senado Federal, Câmara de Deputados e demais órgãos dos legislativos estaduais e municipais), o dever de promover a defesa do consumidor.¹⁹

Assim, resta claro que a tarefa não é um ato isolado, envolve os entes públicos, entidades civis e privadas.

Além dos dispositivos citados, a defesa do consumidor encontra embasamento em outros dispositivos constitucionais: O artigo 24, inciso VIII atribui a União, aos Estados e ao Distrito Federal competência para legislar sobre a responsabilidade por dano ao consumidor; o artigo 150 ao tratar sobre as limitações ao poder de tributar do Poder Público em seu parágrafo 5º estabelece que os consumidores devem ser esclarecidos acerca dos impostos sobre mercadorias e serviços; o artigo 175, parágrafo único, inciso II, determinando a lei dispor sobre direitos dos usuários dos serviços públicos; o artigo 220, parágrafo 4º, que dispõe sobre a propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias nos

¹⁶ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 04.

¹⁷ LOUZADA, Vanessa Vilarino. A tutela constitucional do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 33/2014, p. 161-190, jan./jun. 2014. p. 11.

¹⁸ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. 25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. **Revista do Direito do Consumidor**, v.103, ano 25. p. 55-100. São Paulo: Ed. RT, jan.fev.2016. p. 05.

meios de comunicação e, por fim, o artigo 221 discorre sobre as diretrizes a serem observadas quanto à produção e à difusão de programas de rádio e televisão.²⁰

Ainda, tem-se alguns princípios constitucionais ligados à defesa do consumidor, dentre eles destacam-se: princípio da dignidade da pessoa humana, ou seja, “o último arcabouço da guarida dos direitos individuais e o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional”.²¹

O princípio da liberdade, que encontra-se previsto em vários dispositivos da Constituição Federal. A este trabalho interessa especialmente o aspecto ligado à liberdade de ação: “de o consumidor agir e escolher e de o fornecedor empreender”, ou seja, ao consumidor é atribuída a liberdade de adquirir ou não produtos e serviços, bem como escolher com quem irá contratar.²²

O princípio da isonomia, estampado no caput do art. 5º da Constituição Federal afirma que “todos são iguais perante a lei”. O princípio é dirigido ao legislador e ao aplicador do direito, de modo que, conferindo tratamento desigual aos desiguais, na medida de sua desigualdade, consigam obter, concretamente, a igualdade entre as partes.²³

Ainda, existem alguns princípios que encontram fundamento na Constituição Federal, mas são regulados pela codificação consumerista, a fim de viabilizar e estimular uma relação saudável entre consumidores e fornecedores, dentre os quais destacam-se: boa-fé, vulnerabilidade, confiança, segurança, transparência e equidade, entre outros.²⁴

Além do direito material do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor também disciplina a matéria processual, harmonizando novos e antigos institutos jurídicos tornando o Código um microssistema da relação de consumo com valores e princípios próprios.

A necessidade de proteção do consumidor decorre do fato do consumo fazer parte da rotina do ser humano e ao se tornar massificado, é necessário que o Estado esteja presente para regular e estabelecer normas que evitem abusos por parte dos fornecedores. “[...] Independentemente da classe social e da faixa de renda, consumimos desde o nascimento e em todos os períodos de nossa existência”. Por motivos variados, “que vão desde a necessidade e da sobrevivência até o consumo por simples desejo, o consumo pelo consumo”.²⁵

Dessa forma, a principiologia e legislação consumerista aplicam-se a todos e quaisquer consumidores, parte mais frágil da relação de consumo, ou seja, sejam eles brasileiros natos ou

²⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²¹ NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. p. 22.

²² NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. p. 22.

²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

²⁴ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. p. 27.

²⁵ ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 1.

naturalizados, assim como para os migrantes, partindo do princípio da isonomia e visando estabelecer o reequilíbrio contratual entre consumidores e fornecedores.

3. A HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR MIGRANTE

O consumo é parte integrante da vida das pessoas e, durante muito tempo, foi encarado apenas como meio de assegurar a sobrevivência. Porém, a partir da Revolução Industrial e evolução da tecnologia industrial, surgiram novas maneiras de produzir e de consumir.

De maneira distinta do consumo que visa a atender as necessidades do indivíduo, atualmente, predomina o consumismo. Bauman esclarece que a distinção entre consumo e consumismo está basicamente que no primeiro é uma característica do ser humano, enquanto o segundo corresponde a um arranjo social resultante dos desejos humanos, permanentes em sociedade. Segundo ele a revolução consumista, ocorreu da passagem do consumo ao consumismo, quando este passou a ser central para maioria das pessoas.²⁶

Pelo fato de o consumo estar presente na vida das pessoas e visando a proteção do consumidor, considerado vulnerável nas relações de consumo, existe a legislação consumerista. A vulnerabilidade é condição intrínseca de todo e qualquer consumidor, pois ele é a parte mais frágil na relação de consumo.

O princípio da vulnerabilidade está disposto no artigo 4º, inciso I²⁷ do Código de Defesa do Consumidor e a partir dele o sistema jurídico reconhece a qualidade de pessoa mais fraca na relação de consumo. O princípio da vulnerabilidade está ligado ao princípio da igualdade e da liberdade, considerando que alguém só pode ser considerado igual, se não for subjugado pelo outro.

O conceito de vulnerabilidade²⁸, de acordo com Moraes e

²⁶ BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008. p. 39-41.

²⁷ Artigo 4º do Código de Defesa do Consumidor: “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. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

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. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 382. Destaca Cavalieri Filho que o “conceito de hipossuficiência está mais ligado a aspectos processuais. O CDC empregou a expressão *hipossuficiência* só para

[...] 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.²⁹

Várias são as espécies de vulnerabilidade. Na concepção de Marques quatro são as principais: vulnerabilidade fática ou socioeconômica³⁰, vulnerabilidade técnica³¹, vulnerabilidade jurídica ou científica³² e a vulnerabilidade informacional.³³⁻³⁴ Ainda, a doutrina destaca a vulnerabilidade política ou legislativa, a vulnerabilidade psíquica ou biológica, a vulnerabilidade ambiental, entre outras.

Contudo, determinada categoria de consumidores, levando em consideração algumas características, merecem maior atenção pois possuem sua vulnerabilidade agravada. São os considerados hipervulneráveis. Assim, a vulnerabilidade é inerente a todos os consumidores, enquanto a hipervulnerabilidade é inerente à situação pessoal de um consumidor ou para um grupo de consumidores específico. Dentre os hipervulneráveis pode-se destacar as crianças e os idosos.

A hipervulnerabilidade é uma situação de agravamento da vulnerabilidade do consumidor. O prefixo hiper deriva do “termo grego *hypér* e serve para designar um alto grau, ou aquilo que excede a medida normal”. Uma vez “acrescentada este à palavra vulnerabilidade, obtém-se uma situação de intensa fragilidade, que supera os limites do que seria uma situação de fraqueza”.³⁵ Ou seja, significa dizer que é alguém com uma vulnerabilidade acima do normal.

O termo hipervulneráveis foi referido, inicialmente, por Antônio Herman Benjamin, que passou a utilizá-lo em palestras e em suas decisões e menciona que “ao Estado Social importam

as hipóteses de inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII) a ser determinada pelo juiz em face do caso concreto”. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 58.

²⁹ 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.

³⁰ É a mais perceptível e considerada a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do poderio econômico, de sua posição de monopólio, ou da essencialidade do serviço que presta, impondo a relação de superioridade. CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**.p. 59.

³¹ Decorre do fato de o consumidor não possuir conhecimento específico sobre o produto ou serviço que está adquirindo, podendo ser facilmente iludido no momento da contratação. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 07.

³² Configura-se na falta de conhecimentos jurídicos específicos, principalmente no que se refere a seus direitos e conhecimentos de contabilidade e economia. THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. p. 07.

³³ Resulta devido ao déficit de informação do consumidor. Marques afirma que pode ser chamada de vulnerabilidade informacional o excesso de informações que acaba por gerar a desinformação. MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 339.

³⁴ MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. p. 339.

³⁵ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis – A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014, p. 217-218.

não apenas os vulneráveis, mas sobretudo os hipervulneráveis, pois são esses que, exatamente por serem minoritários e amiúde discriminados ou ignorados, mais sofrem com a massificação do consumo [...]”. Benjamin reforça que o fato de ser um consumidor de uma classe diferente ou minoritária, não o faz “menos consumidor, nem menos cidadão, tampouco merecedor de direitos de segunda classe ou proteção apenas retórica do legislador”.³⁶

Ainda, os hipervulneráveis podem ser definidos como “consumidores ignorantes e de pouco conhecimento, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliar com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo”.³⁷ Assim, pode-se dizer que a vulnerabilidade do consumidor se potencializa em alguns consumidores, impondo ao Estado uma maior e mais efetiva proteção e defesa dos seus direitos.

Visando concretizar os direitos dos consumidores e tendo em vista a migração, que é uma realidade do mundo, uma vez que pessoas se deslocam deixando o seu país de origem em busca de outro destino, importa discutir se esses migrantes, que escolhem o Brasil como destino e, independentemente, do motivo são recebidos em solo brasileiro, são consumidores e devem ser considerados hipervulneráveis.

Nas palavras de Pasqualotto e Souza, a hipervulnerabilidade tem natureza de distintas fontes: fatores biológicos como a idade, integridade física, integridade psíquica; fatores sociais, culturais, educacionais, técnicos e econômicos como a condição financeira e a formação educacional; fatores vinculados ao próprio consumo como as circunstâncias da formação do vínculo de consumo e época da formação do vínculo de consumo e pelo fator geográfico, ou seja, pela distância geográfica.³⁸

Considerando a migração no mundo, impulsionada pelas disparidades nas condições de vida entre o local de origem e o de destino dos migrantes, devido a muitos fatores, como colapso econômico e desemprego, desastres naturais, conflitos armados, perseguição, violações sistemáticas dos direitos humanos, xenofobia, violência de distintas formas e insegurança³⁹, a vulnerabilidade dos migrantes chamou a atenção da Assembleia Geral das Nações Unidas para os seguintes fatos:

³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 586.316 - MG**. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/porta/p/Inicio>>. Acesso em: 19 out. 2022. p. 03.

³⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini, et al. **Código Brasileiro de Defesa do Consumidor**: comentado pelos autores do anteprojeto: direito material e processo coletivo: volume único. p. 381.

³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor Hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, p. 81-109, set./out. 2017. p. 03.

³⁹ BORGES, Gustavo; ALVES, Israel Rocha. A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 341-362, nov.dez. 2018. p. 05.

A situação de vulnerabilidade em que costumam se encontrar os migrantes devido, entre outras coisas, a que não vivem em seus Estados de origem e às dificuldades que enfrentam por causa de diferenças de idioma, costumes e culturas, bem como as dificuldades econômicas e sociais e os obstáculos para retornar a seus Estados de origem a que devem fazer frente os migrantes sem documentação ou em situação irregular. A mencionada Assembleia expressou, além disso, sua preocupação - pelas manifestações de violência, racismo, xenofobia e outras formas de discriminação e tratamento desumano e degradante de que são objeto os migrantes, em especial as mulheres e as crianças, em diferentes partes do mundo.⁴⁰

Para melhor compreensão da vulnerabilidade como sujeitos de direitos humanos que os migrantes se encontram, é importante categorizar essa condição de vulnerabilidade em dimensão ideológica e dimensão objetiva.

O migrante apresenta a vulnerabilidade em dimensão ideológica, “com desigualdade por norma que estabelece os nacionais e estrangeiros, e a desigualdade estrutural, que possibilita aos nacionais terem acesso a determinados bens que os migrantes não tem”.⁴¹

A vulnerabilidade dos migrantes como sujeitos de direitos humanos em seu contexto nacional se deriva da associação de natureza ideológica que fazem os indivíduos da sociedade civil de seu estado de origem, entre a definição social de migrante e outra condição socialmente subavaliada (mulher, criança, indígena, portadores de deficiência, filiação religiosa, etc.) ou outra condição à qual a sociedade do Estado de origem lhe designa uma condição de inferioridade, frente ao restante dos não migrantes dessa sociedade. Tal associação tem uma dimensão ideológica e um contexto histórico que é distinto para cada Estado, assim como é distinto o grau em que se designa aos migrantes tal condição de inferioridade.⁴²

Ainda, a vulnerabilidade em dimensão objetiva, que importa na distância que o migrante está do seu local de origem. Não obstante, a língua é um impedimento ao pertencimento e identidade, é uma barreira para os países que predominam a lista de migrantes e refugiados.⁴³

Há uma dimensão objetiva da vulnerabilidade, segundo a qual quanto maior distância do migrante com relação a seu lar, maior será sua vulnerabilidade como sujeito de direitos humanos. Embora este enunciado possa ser válido para todos os migrantes, o é em maior medida para o contexto nacional dos migrantes internos, do que para o contexto internacional da migração.⁴⁴

Assim, considerando as disparidades nas condições de vida entre o local de origem e o de destino dos migrantes, somados à vulnerabilidade de dimensão ideológica, objetiva e a barreira linguística, surge a necessidade de maior proteção do consumidor migrante na relação de consumo, configurando o reconhecimento da hipervulnerabilidade.

⁴⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003**: solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2022. p. 106.

⁴¹ ALVES, Israel Rocha. **A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil**. 2020. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense-Unesc, Criciúma/SC, 2020. p. 88.

⁴² CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003**: solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. p. 85.

⁴³ ALVES, Israel Rocha. **A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil**. p. 88.

⁴⁴ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003**: solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. p. 86.

Tais aspectos refletem a fragilidade destes grupos no Brasil, as quais agravam a vulnerabilidade dos migrantes nas relações de consumo em comparação aos natos brasileiros, existindo a necessidade da aplicação do instituto da hipervulnerabilidade do consumidor aos migrantes no Brasil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente, o mundo vivencia a maior crise migratória de todos os tempos. O Migrante, ao se deslocar de sua terra de origem, encontra-se exposto à extrema vulnerabilidade e sofrimento. Dessa forma, flagrante a necessidade de proteção e de tratamento humanitário.

Os migrantes que escolheram o Brasil, independente do motivo que são recebidos em solo brasileiro, serão, em maior ou menor grau, consumidores e devem ser protegidos pelas normas consumeristas, ou seja, os direitos do consumidor são garantidos igualmente aos migrantes.

A principal característica do consumidor no mercado de consumo é a sua vulnerabilidade. Porém, a doutrina e jurisprudência reconheceram que determinados grupos apresentam uma vulnerabilidade agravada, conhecida também como hipervulnerabilidade.

Assim, em resposta à problemática conclui-se, que, os consumidores migrantes são considerados hipervulneráveis tendo em vista as disparidades nas condições de vida entre seu local de origem e de destino, somados aos fatores como a vulnerabilidade de dimensão ideológica, objetiva e a barreira linguística, devendo aplicar a estes o instituto da hipervulnerabilidade.

Dessa forma, tendo em vista que os consumidores migrantes possuem fragilidades maiores, aumenta-se a responsabilidade do fornecedor para com os consumidores migrantes, sugerindo maior atenção para as fragilidades apresentadas por este grupo em todas as fases contratuais consumeristas, procurando garantir a igualdade material dos consumidores nas relações de consumo em território nacional.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A proteção jurídica do consumidor**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

ALVES, Israel Rocha. **A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil**. 2020. Dissertação. (Mestrado em Direito) - Universidade do Extremo Sul Catarinense-Unesc, Criciúma/SC, 2020.

BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à nossa porta**. Tradução de Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2017.

BAUMAN, Zigmunt. **Vida para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BORGES, Gustavo; ALVES, Israel Rocha. A hipervulnerabilidade do consumidor migrante no Brasil. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 120, p. 341-362, nov.dez. 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Lei Federal número 13.445, de 24 de maio de 2017. **Institui a Lei de Migração**. -Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13445.htm>. Acesso em 14 nov. 2022.

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. Disponível em: <<https://www.gov.br/planalto>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial número 586.316 - MG**. Relator Ministro Herman Benjamin. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>>. Acesso em: 19 out. 2022.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

CIDH. Corte Interamericana de Direitos Humanos. **Parecer Consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003**: solicitado pelos Estados Unidos Mexicanos. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. Tradução de Alexandra Figueiredo, Ana Patrícia Duarte Baltazar, Catarina Lorga da Silva, Patrícia Matos e Vasco Gil. 4. Ed. – Lisboa: Polity Press, 2008.

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.

LOUZADA, Vanessa Vilarino. A tutela constitucional do consumidor. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 33/2014, p. 161-190, jan./jun. 2014.

MARTINS, José de Souza. **A sociedade vista do abismo**. Novos estudos sobre exclusão, pobreza e classes sociais. Petrópolis: Vozes, 2003.

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.

MORALES, Luís Ignacio Román. Migração no México: tendências e consequências. In: Cadernos Adenauer X. **Migração e Políticas Sociais**. Rio de Janeiro: Fundação Konrad Adenauer, 2009, p. 43-68.

MARQUES, Claudia Lima. 25 Anos de Código de Defesa do Consumidor e as sugestões traçadas pela revisão de 2015 das diretrizes da ONU de proteção dos consumidores para a atualização. **Revista do Direito do Consumidor**, v.103, ano 25. p. 55-100. São Paulo: Ed. RT, jan.fev.2016.

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

NUNES, Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. 14. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

PASQUALOTTO, Adalberto; SOARES, Flaviana Rampazzo. Consumidor Hipervulnerável: análise crítica, substrato axiológico, contornos e abrangência. **Revista de Direito do Consumidor**, v. 113, p. 81-109, set./out. 2017.

PILAU SOBRINHO, Liton Lanes; SIRIANNI, Guido; PIFFER, Carla. Migrações transnacionais e multiculturalismo: um desafio para a união europeia. In: CRUZ, Paulo Márcio; DANTES, Marcelo Buzaglo (org.). **Direito e transnacionalização**. Itajaí: Univali, 2013.

RI, Luciene Dal; FERREIRA, Manuela Fernanda Gonçalves. A nova regulação migratória no Brasil: da afirmação de direitos à incoerência normativa. In: MOURA, Aline Beltrame de; RI, Luciene dal (org.). **Imigração e cidadania**: uma releitura de institutos jurídicos clássicos a partir do modelo europeu. Itajaí: Univali, 2018. p. 78. Disponível em: <www.univali.br/ppcj/ebook>. Acesso em: 17 nov. 2022.

SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis – A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Direitos do Consumidor**. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

A FUNÇÃO SOCIAL DOS CONTRATOS DE SEGURO NO ATUAL CENÁRIO JURÍDICO SOCIAL E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

THE SOCIAL FUNCTION OF INSURANCE CONTRACTS IN CURRENT SOCIAL LEGAL SCENARIO AND CONSUMER PROTECTION

Rosane Alves da Luz¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O presente artigo visa analisar o processo histórico dos contratos de seguro até os dias atuais e compreender sua influência nos novos acontecimentos no, atual, cenário jurídico social. Objetiva-se estudar o conceito do contrato de seguro, bem como sua configuração como relação de consumo. Ainda, entender sua função social diante dos acontecimentos atuais em âmbito mundial. Justifica-se a importância do tema, diante da latente insegurança em relação a integridade física e ao patrimônio das pessoas, no âmbito mundial. Constata-se, assim que o dever de informar ganha relevância nos contratos de seguro, seja na fase pré-contratual, seja na contratual, ou pós contratual, para não frustrar as legítimas expectativas das partes, em especial do segurado, no que tange a conservação dos seus bens ou da sua pessoa.

PALAVRAS-CHAVE: Contrato de seguro. Riscos. Segurado. Relação contratual. Segurança.

ABSTRACT

This article aims to analyze the historical process of insurance contracts up to the present day and understand its influence on new events in the current social legal scenario. The objective is to study the concept of the insurance contract, as well as its configuration as a consumption relationship. Also, understand its social function in the face of current events worldwide. The importance of the theme is justified, in view of the latent insecurity regarding people's physical integrity and patrimony, worldwide. It appears, as soon as the duty to inform gains relevance in insurance contracts, whether in the pre-contractual, contractual or post-contractual phase, so as not to frustrate the legitimate expectations of the parties, especially the insured, with regard to conservation of your property or your person.

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito, VII nível, da Universidade de Passo Fundo – UPF. Formada em Técnico em Enfermagem pelo Integrado da Universidade de Passo Fundo- UPF. Membro do projeto de pesquisa da Faculdade de Direito denominado "Balcão do Consumidor. Estagiária do Projur Mulher e diversidade no Campus- Casca. Endereço eletrônico: 85700@upf.com.br.

² Doutora 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.

KEYWORDS: Insurance contract. Scratches. Insured. Contractual relationship. Safety.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa visa analisar, a relação contratual dos contratos de seguros como um todo, traz a evolução histórica e apresenta os conflitos diante dos acontecimentos atuais como a Covid 19, Guerra na Ucrânia e ataques cibernéticos. Justifica-se a importância da temática, tendo em vista, a necessidade de atenção especial e proteção para a relação contratual, tendo em vista que há muitos conflitos em que não consideram uma relação de consumo.

Assim, o problema a investigar é: à luz da função social, como pode ser interpretado o conteúdo dos contratos de seguros, ao se deparar com a insegurança permanente do segurado que contrata o seguro? Em resposta a problemática jurídica, usou-se o método hermenêutico e a técnica de pesquisa foi a bibliográfica.

Com isso, objetiva-se compreender, que os contratos de seguro são vistos como segurança para riscos improváveis que podem trazer prejuízos. Também, analisar os novos serviços de seguros apresentados diante das mudanças sociais em decorrência de acontecimentos que não eram premeditados.

Por fim, elucidar a importância de realizar um contrato de seguro com o equilíbrio da boa-fé dos contratantes e da eficácia dos serviços apresentados. Também, analisar a luz do Código de Defesa do Consumidor a necessidade da sua aplicação nas relações.

1. O CONTRATO DE SEGURO E SUA CONFIGURAÇÃO

Os contratos de seguros nasceram da necessidade de segurança nos negócios jurídicos. Assim, tiveram procura em função das grandes mudanças sociais que o mundo passou, por exemplo a expansão de mercado competitivo através do comércio, que teve como viés principal a segurança e a prevenção.

Nesse contexto, a história foi marcada pela necessidade de proteção econômica, em um primeiro momento nos seguros marítimos, ainda no século XIV. Assim, os primeiros documentos foram redigidos em idioma italiano. Enquanto na Inglaterra, a partir do século XVII, apareceu o seguro terrestre, em que foi introduzido o seguro contra incêndio em 1666, que teve como

consequência o grande incêndio de Londres. Também foram os ingleses que conceberam o seguro de vida no século XVI, com a *Casualty Insurance*.³

Já, no Brasil, o seguro nasceu e se estruturou como um contrato tipicamente mercantil, disciplinado pelos usos e costumes e pelas normas de direito comercial. Ademais,

ao longo dos anos, porém, civilizou-se, no direito brasileiro, notadamente a partir da sua disciplina no Código Civil de 1916 e, mais recentemente, no Código Civil de 2002, tornando-se, igualmente, um serviço oferecido no mercado de consumo (art. 3.º, § 2.º, do CDC)⁴, passando a ser objeto de normas de direito civil e de direito do consumidor. Por outro lado, quando foi reconhecida como relevante para o desenvolvimento econômico e social do País, a operação de seguros tornou-se objeto de regulação estatal, atraindo, por isso, a incidência de normas de natureza administrativa e constitucional.⁵

Assim, no decorrer da história da humanidade tem-se buscado meios de amenizar estes riscos. Dentre as tentativas de redução dos efeitos dos riscos, os seguros têm sido a melhor forma encontrada de satisfazer a demanda das pessoas amedrontadas, com a necessidade para enfrentar as diferentes situações que vêm ocorrendo, atualmente, no mundo. Desse modo, os seguros tornaram-se um tema de destaque atual, pois há uma necessidade de segurança dos negócios jurídicos, para satisfação e equilíbrio da economia mundial.

Os contratos de seguro consistem no acordo entre as partes. De um lado, o segurador se compromete na relação contratual em garantir a indenização ao assumir o risco, acaso venha a ter um sinistro. De outro lado, está o segurado que busca a proteção ao seu patrimônio ou vida, e paga um prêmio por ela. Existe, uma vigência determinada, podendo ser interrompida, a qualquer momento.

O contrato de seguro é o meio pelo qual a pessoa natural ou jurídica se protege contra riscos predeterminados que incidam sobre a sua vida, ou objetos de seus negócios. Permite a formação de capitais pelo acúmulo dos prêmios pagos pelo segurado, que representa uma forma de economia ou garantia de execução das obrigações contraídas, pois as dívidas do segurado estarão garantidas pelo contrato de seguro.⁶

³ KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de Seguro no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Labor Juris, 2000. Disponível em: <http://cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00566%20-%20O%20Contrato%20de%20Seguro%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2022. p. 71.

⁴ Artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor de 1990: “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. § 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”. BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 21 nov. 2022.

⁵ MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. **Direito dos Seguros**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022. p. 79.

⁶ DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 655

Buscando um conceito unitário do contrato de seguro, a teoria da necessidade, muitas vezes, inspira-se no conceito econômico em que o segurado é impulsionado pelo medo de desembolso de dinheiro que venha a lhe prejudicar, seja pela incerteza de seu acontecimento ou de seu montante. Com isso, em vez de enfrentá-lo, diretamente, prefere desembolsar de antemão um valor único ou diversas parcelas, de acordo com a negociação na relação contratual, para que possa contar com indenização, na ocorrência do fato temido, com montante que lhe indenize pelo infortúnio sofrido. Assim, tem a segurança para afastar o medo de se ver surpreendido por uma necessidade que é incalculável.

No seguro de dano, essa necessidade é facilmente identificada e existe tanto no momento da conclusão do contrato, quanto na ocorrência do sinistro, sem o que não se pode firmar o contrato nem exigir o pagamento do capital segurado. Já no seguro de pessoa, pode-se identificar futura necessidade, entretanto não se exige comprovação de dano ao beneficiário no momento do sinistro, somente a ocorrência do fato segurado.⁷

O contrato de seguro é formado no âmbito da autonomia privada e da capacidade para contratar, tem sua valia, através de um documento escrito em que é caracterizado por proposta, bem como, após formalizada através da emissão da apólice em que contém todas as cláusulas vigentes do acordo com o contrato firmado por ambas as partes.

Os contratos de seguro apresentam caracteres jurídicos sendo,

bilateral, oneroso, aleatório, consensual e de adesão, subordinado à boa-fé qualificada, de execução continuada. É bilateral ou sinalagmático, porque depende da manifestação de vontade de ambos os contratantes, que se obrigam reciprocamente. O segurado assume a obrigação de pagar o prêmio e não agravar os riscos, entre outras. O segurador obriga-se a pagar o valor contratado no caso de sinistro. É oneroso, porque cada uma das partes procura uma vantagem patrimonial no negócio. O segurado procura obter proteção contra o risco; o segurador recebe o pagamento do prêmio e paga o valor previsto na apólice na ocorrência de sinistro. É contrato tipicamente aleatório, porque sua origem gira em torno do risco. A prestação de pagar a chamada indenização subordina-se a evento futuro e incerto. Em razão da álea que lhe é inerente, não há equivalência nas prestações. Embora o legislador expresse que o contrato não obriga, enquanto não reduzido a escrito, a doutrina é homogênea em considerá-lo consensual, porque essa formalidade não é da substância do ato, tendo apenas caráter probatório. O seguro surge do acordo de vontades. O contrato conclui-se com o consentimento das partes.⁸

Diante disso, do contrato de seguro emanam as mais diversas modalidades de gênero do qual as coberturas e possíveis interesses jurídicos tutelados, são norteados pelo ordenamento civil e constitucional. Assim, tornou-se operativo que na economia das nações, com a função de

⁷ GAZEL, Claudia Ferrari Kronka. **O seguro de vida em grupo como relação de consumo**. 2007. 161 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7562/1/claudia.pdf>>. Acesso em 20 nov. 2022. p. 30.

⁸ VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito Civil: Contratos Em Espécie**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003. p. 599.

conservação de riquezas, de geração de benefícios e como instrumento de previsão de infortúnios, fossem incluídos contratos de seguros para preservação de patrimônio e de pessoas.⁹

Logo, para o contrato de seguro ser valido é de suma importância a existência e obediência de alguns requisitos, sendo eles o objeto e a boa-fé dos contratantes. Porém, no que tange ao risco o artigo 757 do Código Civil dispõe que, pelo contrato de seguro a seguradora¹⁰ deve "garantir interesse legítimo do segurado, relativo a pessoa ou a coisa, contra riscos predeterminados".

Assim, o seguro de bens corresponde ao dano sofrido pelo bem e o valor de interesse do segurado no realizar o contrato. O valor indenização e do, respectivo, prêmio, é baseado nas características e avaliação do bem. Por exemplo se for um carro, o ano de fabricação, modelo, o estado de conservação, quilometragem, e todos os dados que vão da cor até o local em que o bem pernoita, sob pena de perda do direito de garantia, se for resultado de má-fé do segurado.¹¹

Já no seguro de pessoa, o Código Civil permite que a própria pessoa seja o segurada contra o risco de morte natural e acidental, oferecendo uma assistência funeral individual ou familiar, e ainda há possibilidade de cobertura por invalidez permanente total ou parcial por acidente.

No que tange os requisitos subjetivos do contrato de seguro, o parágrafo único do artigo **757 do Código Civil dispõe que:** “somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada; para ser segurado será necessária a capacidade civil”¹²; já na condição de segurado, nem todos poderão ser beneficiários, visto que nos seguros de coisas tem que provar o interesse em relação a coisa segurada. Ainda, o seguro se funda no consentimento de ambas as partes, pela manifestação da vontade coerente para se findar o contrato; não há, em regra, solidariedade do cossegurado (dois ou mais seguradores responsabilizar-se-ão por um mesmo seguro) perante o segurado; não há vínculo entre segurado e órgão ressegurado. (DINIZ, 2013, p. 659-662).

No que concerne à classificação Fábio Ulhoa Coelho refere que,

⁹ GRAVINA, Maurício Salomoni. **Direito dos Seguros**. 2.ed. Portugal: Almedina, 2022. p. 32.

¹⁰ Nos termos do parágrafo único do artigo 757 do Código Civil: “Somente pode ser parte, no contrato de seguro, como segurador, entidade para tal fim legalmente autorizada; para ser segurado será necessária a capacidade civil”. BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

¹¹ BRASIL. Código Civil. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

¹² DINIZ, Maria Helena. Tratado Teórico e Prático dos Contratos. p. 659-662.

Quanto à natureza do risco segurado, o seguro pode ser de pessoa ou de danos. Na primeira hipótese, o risco- como decorre da denominação dada à categoria- envolve a pessoa do segurado, isto é, sua morte, sobrevivência após certo prazo ou invalidez; na segunda, qualquer evento futuro e incerto que importe redução patrimonial não desejado pelo segurado, como dano a bens sob seu domínio posse, necessidade de incorrer em despesas com atendimento médicos ou hospitalares, responsabilidade civil, etc.¹³

Tendo em vista, a amplitude de seguridade em que os serviços dos contratos de seguro oferecem há a necessidade da presença da boa-fé objetiva, como principal elemento na realização contratual. A boa-fé impõe deveres de um comportamento de lealdade, honestidade e veracidade das informações. Desse modo, se tiver uma conduta correta de ambas as partes, na hora da execução do contrato, haverá a segurança eficaz no momento que acontecer um sinistro.

2. O SEGURO COMO RELAÇÃO DE CONSUMO

Os contratos de seguro são compostos por uma seguradora e um segurado. A primeira é uma pessoa jurídica, que desenvolve atividade no mercado de consumo. Portanto, pode-se dizer que a relação jurídica contratual firmada entre segurado e seguradora se configura como uma relação de consumo, que possibilita a incidência do Código de Defesa Consumidor, juntamente com outras normas para resolução de conflitos relacionados ao contrato de seguro.

Na relação de consumo dos seguros há “muitas práticas e cláusulas” que podem ser “consideradas abusivas”. Explica Marques que,

os contratos de seguro, planos de saúde, planos funerários e previdência privada foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido de conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade, com a boa-fé, e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade. O contrato de seguro trabalha com as expectativas legítimas dos consumidores, que são não só a causa deste, mas a sua garantia e fundamento.¹⁴

Não existe uma norma geral que trate dos contratos de seguro, porém há diversas leis e atos normativos que o disciplinam, dentre eles o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor. Nesse contexto, o Decreto-Lei 73/1966 apresenta regras referente aos seguros e dispõe sobre a função e atribuições de cada órgão. Ademais, o artigo 8º¹⁵ institui o Sistema Nacional de Seguros Privados, composto por a) Conselho Nacional de Seguros Privados –

¹³ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil: Contratos**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.364.

¹⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 495.

¹⁵ Artigo 8º do Decreto Lei nº 73 de 21 de novembro de 1966: “Fica instituído o Sistema Nacional de Seguros Privados, regulado pelo presente Decreto-lei e constituído: a) do Conselho Nacional de Seguros Privados - CNSP; b) da Superintendência de Seguros Privados – SUSEP. BRASIL. **Decreto Lei nº 73 de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

CNSP; Superintendência de Seguros Privados (Susep); resseguradores; sociedades autorizadas a operar em seguros privados; corretores habilitados.

O Conselho Nacional de Seguros Privados tem competência de: ditar regras sobre constituição, organização e funcionamentos das seguradoras (incluindo fixação de normas gerais de contabilidade e estatística); e estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras.¹⁶

A Superintendência de Seguros Privados (Susep) atua como executora da política traçada pelo CNSP e analisa o processamento dos pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras. A Susep, também, baixa instruções e circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; fixa condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional; e aprova os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP.¹⁷

Embora a lei estabeleça a função e atribuições de cada qual dos órgãos, é importante considerar que,

[...] o Conselho Nacional de Seguros Privados tem competência ampla: ele pode ditar regras sobre constituição, organização e funcionamentos das seguradoras (incluindo fixação de normas gerais de contabilidade e estatística), além de estipular índices e demais condições técnicas sobre tarifas, investimentos e outras relações patrimoniais a serem observadas pelas Sociedades Seguradoras (artigo 8º do Decreto-Lei 73/1966). Ressalve-se que o Conselho Nacional de Seguros Privados é composto por Ministros ou representantes do Ministério da Fazenda, Ministério da Justiça entre outros. A Susep atua como executora da política traçada pelo CNSP, e analisa o processamento dos pedidos de autorização para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras. A Susep também baixa instruções e circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP; também fixa condições de apólices, planos de operações e tarifas a serem utilizadas obrigatoriamente pelo mercado segurador nacional; também aprova os limites de operações das Sociedades Seguradoras, de conformidade com o critério fixado pelo CNSP¹⁸.

¹⁶ Decreto de lei 73 de 1996: Artigo 36 “Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: a) processar os pedidos de autorização, para constituição, organização, funcionamento, fusão, encampação, grupamento, transferência de controle acionário e reforma dos Estatutos das Sociedades Seguradoras, opinar sobre os mesmos e encaminhá-los ao CNSP; g) fiscalizar a execução das normas gerais de contabilidade e estatística fixadas pelo CNSP para as Sociedades Seguradoras;”

¹⁷BRASIL. **Decreto de lei 73 de 1996**: Artigo 36. “Compete à SUSEP, na qualidade de executora da política traçada pelo CNSP, como órgão fiscalizador da constituição, organização, funcionamento e operações das Sociedades Seguradoras: b) baixar instruções e expedir circulares relativas à regulamentação das operações de seguro, de acordo com as diretrizes do CNSP;”

¹⁸ BLANES, Márcia. **O contrato de Seguro**. Cadernos Jurídicos Pauylistas de Magistrura, São Paulo, ano 20, nº 50, julho-agosto/2019. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/287777919.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2022. p. 03.

Assim, para Claudia Lima Marques as linhas de interpretação asseguradas pela jurisprudência brasileira aos consumidores em matéria de seguros merecem ser mencionadas como um bom exemplo da implementação de uma tutela especial para aquele contratante que se apresenta em posição mais vulnerável na relação contratual, ou seja, o consumidor. Com base na boa-fé subjetiva dos consumidores e imposição da conduta dos deveres da boa-fé objetiva, o contrato de seguro representa uma relação de consumo, Logo, a informação, a cooperação e o cuidado são deveres dos fornecedores, especialmente tendo em conta o modo coletivo de contratação por adesão.¹⁹

Mesmo que mais de uma norma regulamente a relação contratual dos seguros, como fenômeno jurídico, ela se constitui em relação de consumo. Com isso, “o Conselho Nacional de Seguros Privados dita regras que devem estar de acordo com todo o arcabouço jurídico pátrio código do consumidor, prevenção à prática de corrupção, boas práticas de governança corporativas, prevenção à fraude.”²⁰

Para Claudia Lima Marques,

Os contratos de seguro foram responsáveis por uma grande evolução jurisprudencial no sentido da conscientização da necessidade de um direito dos contratos mais social, mais comprometido com a equidade, com a boa-fé, e menos influenciado pelo dogma da autonomia da vontade. O contrato de seguro trabalha com as expectativas legítimas dos consumidores, que são não só a causa deste, mas a sua garantia e fundamento. Muitas práticas e cláusulas presentes no mercado brasileiro de seguros foram considerados abusivas, em especial as de não renovação desses contratos cativos de longa duração, os limites da cobertura, muitas vezes incompatíveis com a finalidade principal do contrato ou mesmo de sua denominação.²¹

Portanto, dentre os aspectos analisados, compreende-se que o seguro é uma relação de consumo e, também sofre a incidência do Código de Defesa do Consumidor. O segurado é a parte mais vulnerável na relação contratual. Por mais que haja um embate entre os diplomas legais devido às diversas regulamentações, não se pode esquecer que os contratos de seguro são de adesão e são relação de consumo.

Desse modo, necessária a informação clara e adequada, a transparência, a proteção e a inexistência de cláusulas abusivas, que violem a função social do contrato de seguro, que em sua essência é a proteção dos bens e da pessoa do segurado.

¹⁹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. p.498

²⁰ BLANES, Márcia. O contrato de Seguro. p. 4

²¹ MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: O novo regime das relações contratuais. p. 495-496.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DO SEGURO Á LUZ DOS EVENTOS ATUAIS

Os contratos de seguro possuem uma função social que vem como um princípio de equilíbrio na relação entre segurado e seguradora, para que não ocorra a ineficácia da relação, e com isso, viole os interesses sociais e a dignidade da pessoa. Também a função social dos contratos de seguro visa uma proteção eficaz do acordo com a probabilidade dos riscos e a consequente indenização.

Observa-se que, a função social integra o conceito de contrato e “tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais comum uma “Exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito”.²² Para Silva, no direito brasileiro, o artigo 421²³, traz a função social e soma-se com o artigo 422²⁴ que regula a boa-fé. Ambos têm uma face marcadamente solidarista e são norte da teoria contratual, com fundamento na solidariedade afirmada, constitucionalmente como objetivo.²⁵

Para Pompeo Filho, o ordenamento deve admitir apenas contratos que se realizam por meio da observância à sua função social, sendo assim, inafastáveis da boa-fé em todas as etapas da relação contratual, inclusive antes da sua assinatura e após seu termo.²⁶

Com isso, analisando os acontecimentos atuais que causaram repercussão mundial, verifica-se que a pandemia do COVID-19, teve uma abordagem do dever indenizar, o seguro de vida, gerando muitos conflitos. Assim, em relação as tantas mortes que aconteceram, as seguradoras alegaram que os riscos estavam excluídos, uma vez que, se tratava de caso fortuito e que não tinha a pandemia como uma causa protegida nos contratos.

De forma genérica, a pandemia do Covid-19 pode ser caracterizada como caso fortuito ou força maior nas relações civis. Com isso, deve-se examinar na situação concreta, se o evento levou à impossibilidade absoluta de cumprimento da prestação. Conforme expõe Viana:

[...] a apuração da ocorrência da excludente se faz em razão do caso concreto, do exame das circunstâncias, porque a adequação jurídica é circunstancial, depende do conjunto de circunstâncias em que se verificou o fato. Isso significa que, para apurarmos o fato

²² “Integrando o próprio conceito de contrato, a função social tem um peso específico, que é o de entender a eventual restrição à liberdade contratual não mais comum uma “Exceção” a um direito absoluto, mas como expressão da função metaindividual que integra aquele direito”. COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 160.

²³ Dispõe o artigo 421: “A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato, observado o disposto na Declaração de Direitos de Liberdade Econômica.” BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

²⁴ Artigo 422: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**.

²⁵ SILVA, Luis Renato Ferreira. O Novo Código Civil e a Constituição. In: SARLETE, Wolfgang Ingo (Org.). **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. p. 129.

²⁶ FILHO, Roberto Nelson Brasil Pompeu. **Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos**. IN: NALIN, Paulo. **Contrato e Sociedade**. Princípios de direito contratual. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004. p.128.

necessário, devemos: a) considerar a concreta situação; b) apurar o seu conhecimento pelo agente, tomando como instrumento de aferição, a diligência normal; c) a impossibilidade de resistência ao evento, ou de eliminar seus efeitos; d) considerando-se o dever de prestar. [...] Na circunstância concreta o que se deve considerar é se houve impossibilidade absoluta que afetou o cumprimento da prestação, o que não se confunde com dificuldade ou onerosidade. O que se considera é se o acontecimento natural, ou o fato de terceiro, erigiu-se como barreira intransponível à execução da obrigação. [...] A inevitabilidade do evento é outro elemento a ser considerado, igualmente de forma concreta. O fato deve ser irresistível, invencível, atuando com força indomável e inarredável. O que se considera é se o evento não podia ser impedido nos seus efeitos. O fato resistível, que pode ser superado, não constitui evento a autorizar a exoneração. É perfeitamente possível que o fato seja imprevisível, mas suas consequências evitáveis. Se o devedor não toma medidas para evitá-la, tipifica-se o inadimplemento e não a impossibilidade com apoio no caso fortuito ou força maior. O critério não é abstrato, mas reclama o exame dos elementos exteriores ao obrigado e ao seu raio de atividades econômicas, não se devendo desprezar a possível conduta de outros indivíduos, em condições objetivas análogas.²⁷

Diante disso, é possível verificar que muitas cláusulas estão intimamente ligadas ao mutualismo característico deste tipo de relação jurídica contratual. Entretanto, a exclusão no caso do seguro de vida se demonstraria abusiva, uma vez que obstaculiza o próprio objetivo do negócio entabulado em momento anterior.

Ainda, pode-se citar como exemplo de situações atuais que impactaram a relação contratual dos seguros, os ataques cibernéticos em decorrência da guerra na Ucrânia. Nesse contexto, a utilização de tecnologia de informação é uma realidade no mundo contemporâneo em que muitas atividades como bancos, seguradoras, financeiras, serviços de saúde e educação entre outros, substituíram seus fluxos de meio físico para tecnologia digital, bem como as compras on-line que cresceram muito na pandemia COVID-19. Além disso, as empresas que atuam com tratamento de dados pessoais passaram a ter que se prevenir da aplicação de sanções pela Autoridade Nacional de Proteção de Dados – ANPD, órgão regulador e fiscalizador da proteção de dados pessoais no Brasil.²⁸

Tudo isso fez com que os seguros de responsabilidade civil para riscos cibernéticos se tornassem mais conhecidos e procurados, o que em alguma medida incentivou as sociedades seguradoras a desenvolver produtos para contemplar a demanda empresarial. No Brasil eles são considerados como seguros compreensivos que, segundo a própria Superintendência de Seguros Privados – SUSEP, é definido como o plano que conjuga vários ramos ou modalidades na mesma apólice.²⁹

²⁷ VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 395-399.

²⁸ CARLINI, Angélica. Nova Regulação dos Seguros de Responsabilidade Civil no Brasil e os Seguros para Riscos Cibernéticos. **Revista IBERC**, v. 5, n. 2. p. 9-10. Disponível em: <<file:///C:/Users/rosan/Downloads/225-Texto%20do%20artigo-1132-1-10-20220526.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

²⁹ CARLINI, Angélica. Nova Regulação dos Seguros de Responsabilidade Civil no Brasil e os Seguros para Riscos Cibernéticos. p.11.

A SUSEP, órgão regulador e fiscalizador do setor de seguros privados no Brasil, publicou a Circular n. 6374, que dispõe sobre seguros do grupo de responsabilidades e trouxe novas diretrizes regulatórias para o setor, em especial para que os seguradores brasileiros possam atender a demanda por produtos de responsabilidade civil customizados às necessidades específicas dos diferentes contratantes.

Assim, o princípio da função social impõe a observância das consequências sociais das relações obrigacionais, tendo como pressuposto a compreensão de que direitos e faculdades individuais são imiscíveis às necessidades sociais, dando que o indivíduo só pode construir a sua vida em sociedade,³⁰ o que também se aplica aos seguros. Sua utilidade é a proteção seja de bens ou de pessoas.

Para Humberto Theodoro Junior, há no direito como um todo, e mais particularmente no direito das obrigações, o reconhecimento universal de que as justas expectativas dos sujeitos dos negócios jurídicos merecem tutela jurídica, pois somente seria possível a convivência social, quando as pessoas nela envolvidas possam confiar em que suas expectativas sejam de fato garantidos. Nesse sentido, a função social dos contratos adquire caráter de proteção.³¹

Portanto é de extrema importância que segurados e seguradoras atuem com a máxima boa-fé e veracidade para o efetivo serviço contratado. Assim, é essencial na relação contratual dos seguros a correta caracterização dos riscos a serem cobertos pelo contrato de seguro e, conseqüentemente, para a correta mensuração dos danos e de sua extensão, quando acontecer um sinistro, para que se cumpra a função social do referido instituto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os contratos de seguros tiveram uma evolução até chegar nos dias atuais e se tornarem indispensáveis para a sociedade e para a economia mundial. Muitos serviços são oferecidos e a cada dia as seguradoras vêm inovando para melhor atender os seus segurados, oferecendo serviços diferenciados e com cobertura de riscos mais agravantes.

Verifica-se que, os contratos de seguro se fazem necessários para a sociedade proteger seus bens e também as pessoas. Os patrimônios individuais são, por muitas vezes, de valor econômico alto e essencial para a sobrevivência, diante disso carecem de proteção que advém dos seguros contratados.

³⁰ SILVA, Luis Renato Ferreira. O Novo Código Civil e a Constituição. p.112.

³¹ JUNIOR, Humberto Theodoro. **O Contrato e sua Função Social**: A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 53.

Os princípios fundamentais da boa-fé objetiva e da função social são necessários e essenciais no ato da contratação. Contudo, por muitas vezes, não são cumpridos, em especial no que tange a informação para o segurado. Assim, quando há a necessidade de indenização, não há aprovação, por vezes decorrente das informações incoerentes e até mesmo incompletas sobre os riscos assegurados.

Em que pese, a relação contratual de seguro tenha várias legislações que a disciplina, revela-se como uma relação de consumo, em que o segurado é consumidor, vulnerável e necessita desta proteção. Nessa linha, ganha relevo o dever de informação e de transparência da seguradora.

Logo, em resposta a problemática, o dever de colaboração entre as partes é essencial, pois, assim tem-se um serviço de qualidade e eficaz. Ainda, no que tange ao segurado, ele é a parte mais vulnerável da relação e carece de proteção do Código de Defesa do Consumidor. Nessa linha, a função social do contrato positivada no Código Civil ganha mais importância pela incidência das regras consumeristas, o que evidencia que a utilidade do seguro é a proteção do patrimônio e da pessoa, não havendo a possibilidade de frustrar as legítimas expectativas das partes.

REFERÊNCIAS

BLANES, Márcia. O contrato de Seguro. **Cadernos Jurídicos Pauylistas de Magistrura**, São Paulo, ano 20, nº 50, p. 3, Julho-Agosto/2019. Disponível em: <<https://core.ac.uk/download/pdf/287777919.pdf>>. Acesso em: 09 nov. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 73 de 21 de novembro de 1966**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm>. Acesso em: 20 nov. 2022.

BRASIL. Código de Defesa do Consumidor. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

BRASIL. Código Civil. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**, Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 21 nov. 2022.

CARLINI, Angélica. Nova Regulação dos Seguros de Responsabilidade Civil no Brasil e os Seguros para Riscos Cibernéticos. **Revista IBERC**, v. 5, n. 2, p. 9-10. Disponível em: <<file:///C:/Users/rosan/Downloads/225-Texto%20do%20artigo-1132-1-10-20220526.pdf>>. Acesso em: 21 nov. 2022.

- COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Civil- Contratos**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- COSTA, Alex Sandro M da Costa. et al. **Aspectos Jurídicos dos Contratos de Seguro**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2013.
- COSTA, Judith Martins; BRANCO, Gerson Luiz Carlos. **Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2002.
- DINIZ, Maria Helena. **Tratado Teórico e Prático dos Contratos**. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- FILHO, Roberto Nelson Brasil Pompeu. Aspectos do princípio da boa-fé nos contratos. In: NALIN, Paulo. **Contrato e Sociedade. Princípios de direito contratual**. 1. Ed. Curitiba: Juruá Editora, 2004.
- GAZEL, Claudia Ferrari Kronka. O seguro de vida em grupo como relação de consumo. 2007. 161 f. **Dissertação** (Mestrado em Direito) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2007. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/7562/1/claudia.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2022
- GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991.
- GRAVINA, Maurício Salomoni. **Direito dos Seguros**. 2. Ed. Portugal: Almedina, 2022.
- JUNIOR. Humberto Theodoro. **O Contrato e sua Função Social: A boa-fé objetiva no ordenamento jurídico e a jurisprudência contemporânea**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- KRIGER FILHO, Domingos Afonso. **O contrato de Seguro no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Labor Juris, 2000. P, 71, 19. Disponível em: <<http://cesarkallas.net/arquivos/livros/direito/00566%20-%20O%20Contrato%20de%20Seguro%20no%20Direito%20Brasileiro.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2022.
- MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais**. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011,
- MELLO, Cláudio Ari. et al. **O novo Código Civil e a Constituição**. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003.
- MIRAGEM, Bruno; PETERSEN, Luiza. **Direito dos Seguros**. 1. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2022.

OLIVEIRA, Leonardo David Quintanilha. A proposta de seguro e o silêncio do segurador: efeitos jurídicos. **Revista Jurídica de Seguros**. 12, p. 105- 196, maio, 2020. Disponível em: <<https://cnseg.org.br/data/files/28/40/7A/09/89A92710E277CE173A8AA8A8/RJS%20n%C2%BA%2012%20-%20Completa.pdf#page=141>>. Acesso em: 04 set. 2022.

SILVA, Luis Renato Ferreira. O Novo Código Civil e a Constituição. In: SARLETE, Wolfgang Ingo (Org.). **A função social do contrato no novo Código Civil e sua conexão com a solidariedade social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

VENOSA, Sílvio De Salvo. **Direito Civil: Contratos em Espécie**. 3. Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2003.

VIANA, Marco Aurélio S. **Curso de Direito Civil: direito das obrigações**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR DIANTE DE SUA VULNERABILIDADE NAS COMPRAS E NEGOCIAÇÕES ON-LINE

CONSUMER PROTECTION FACED WITH VULNERABILITY IN ONLINE PURCHASES AND NEGOTIATIONS

Bruno Guareschi Madalosso¹

Franco Scortegagna²

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade demonstrar a necessidade da proteção dos direitos do consumidor no que tange às relações de consumo virtuais. Uma vez sendo o consumidor polo frágil perante seu fornecedor, vulnerável para o Código de Defesa do Consumidor, vê-se constantemente influenciado pelas publicidades midiáticas. Negócios jurídicos são diariamente firmados através de meios telemáticos, mas pouco o consumidor sabe que está sendo vigiado e moldado para que consuma aquilo que não precisa. Assim, é através do vazamento de dados do consumidor que os fornecedores dele tiram vantagens, de maneira antiética. Para combater tal situação o Direito do Consumidor se utiliza de instrumentos protetivos, tal qual Lei Geral de Proteção de Dados.

PALAVRAS-CHAVE: relação de consumo; proteção do consumidor; vulnerabilidade; negociações virtuais; Lei Geral de Proteção de Dados.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the need for protection of consumer rights with regard to virtual consumer relations. Since the consumer is the weak pole before the supplier, vulnerable to the Consumer Protection Code, he is constantly influenced by media advertisements. Legal business deals are signed daily through telematic means, but little the consumer knows that he is being watched and molded to consume what he does not need. Thus, it is through the leakage of consumer data that suppliers take advantage of them, in an unethical

¹ Acadêmico do Curso de Direito, Escola de Ciências Jurídicas, Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail institucional: 183348@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/2287244842695357>

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Especialista em Direito Processual pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. Coordenador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. E-mail institucional: fscortegagna@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>.

way. To combat this situation, Consumer Law uses protective instruments, such as the General Data Protection Law.

KEYWORDS: consumer relationship; consumer protection; vulnerability; virtual negotiations; General Data Protection Law.

INTRODUÇÃO

Atualmente tornou-se possível que duas ou mais pessoas firmem negócios eletronicamente, mesmo estando em polos opostos do globo terrestre. Em meio a um mundo globalizado, com 5,3 bilhões de pessoas acessando diariamente a internet, conforme a “ONU News”, e no qual o Brasil ocupa *ranking* de quarto lugar com número de usuários, o lançar da economia exigiu a introdução de mecanismos que facilitassem e proporcionassem maior rapidez aos negócios jurídicos. Para tanto, a inteligência artificial surgiu de modo que máquinas tivessem a capacidade de desenvolver raciocínio semelhante ao raciocínio humano, utilizando-se de dados informados na programação para que simule um pensamento humano.

Os meios telemáticos e as mídias sociais, na condição de divulgadores publicitários, impulsionaram o mercado e o comércio. Importante destacar que a pandemia do Corona Vírus foi grande fator contribuinte à imprescindibilidade dos negócios *on-line*. Assim, a sociedade contemporânea foi dominada pela Era informacional e, conseqüentemente, pela Cultura do Consumo.

A Cultura do Consumo é determinada pelo termo consumismo, consumo desenfreado e desnecessário. Trata-se de adquirir produtos para além das necessidades básicas ao sustento próprio e familiar, influências das correntes publicitárias, que transmitem a falsa sensação de necessidade e felicidade, que, na verdade, se fazem exclusivamente momentâneas. O consumidor se vê, repetidamente, alvo da pressão psicológica que lhe é exercida através do convencimento e da manipulação por meio de publicidades maciças que estimulam o consumo, por intermédio dos meios de comunicação.

O Código de Defesa do Consumidor, como norma principiológica de caráter público e interesse social, traz a caracterização dos termos consumidor³ e fornecedor⁴, agentes que compõem a relação de consumo, em seus artigos 2 e 3, respectivamente. Para delimitar o conceito de consumidor, a doutrina, no entanto, entra em debate com relação à expressão

³ “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”.

⁴ “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”.

“destinatário final” e, dessa forma, desenvolveu três teorias: a teoria finalista, a teoria maximalista e a finalista mitigada, sendo esta última aquela utilizada pelo Direito Consumerista Brasileiro.

Pela Teoria Finalista, o consumidor configuraria destinatário fático e econômico, ou seja, deve tirar o produto da cadeia de consumo, usufruindo dele sem obter qualquer lucro ou vantagem econômica. Tratando-se da Teoria Maximalista, todos são consumidores, seja qual for a destinação do produto. Por fim, de acordo com a Teoria Finalista Mitigada, para que se configure consumidor, deve-se comprovar a inegável vulnerabilidade técnica, jurídica ou econômica da parte consumidora da relação, seja pessoa física ou jurídica, diz o Mestre e Professor da Universidade de Passo Fundo, Franco Scortegagna⁵.

Dessa maneira, o CDC denomina o consumidor como polo vulnerável da relação de consumo. Isso devido ao fato de o fornecedor deter o poder sobre ele, capaz de influenciá-lo a seu favor. Assim, o fornecedor utiliza-se de todos os seus meios para lucrar da fragilidade do consumidor, inclusive de estratégias de *marketing* e práticas abusivas, dentre outras atividades de má-fé.

A Era Informacional, por sua vez, abarca o veloz intercâmbio de informações, consequentes dos meios de telecomunicação. Estes, no entanto, acabam por extrapolar os limites entre o público e o privado, uma vez havido o vazamento e distribuição de dados pessoais nas mais diversas plataformas virtuais.

Abre-se espaço a ataques de vírus *malware* e de *hackers* aos bancos de dados, em especial aos “dados sensíveis”, que ligam a individualidade do agente com a coletividade. Ao que os fornecedores têm acesso a dados pessoais de seu consumidor, são capazes de direcionar ofertas específicas a estes agentes conforme seus interesses, prática que o autor Michael R. Solomon⁶ denomina como “estratégia de segmentação de mercado”.

Como forma de proteger o consumidor dos atos do fornecedor e das influências publicitárias criaram-se institutos legislativos específicos. Entrada em vigor em 2020, por exemplo, a Lei Geral de Proteção de Dados objetiva autonomia pessoal dos dados, além de evitar desvio ilícito de finalidade de uso.

1.0 PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE NOS CONTRATOS DE CONSUMO

A noção de contrato está lapidada, pelos olhos do liberalismo econômico, na autonomia de vontades, representada pela liberdade de escolha da pessoa com quem contratar, ou do tipo de negócio que pretende efetuar. Visto isso, o contrato, em regra bilateral, possibilita fixar

⁵ SCORTEGAGNA, Franco. *Dos Princípios do Direito do Consumidor: A Vulnerabilidade do Consumidor*. 2022. Notas de Aula.

⁶ SOLOMON, Michael R. *O comportamento do Consumidor: comprando, possuindo e sendo*. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016, p.6.

livremente as cláusulas e condições do eventual contrato (preço, prazo para pagamento, entrega da coisa, prestação do serviço, garantias pessoais ou reais...).

Entretanto, em grande parte dos negócios firmados entre fornecedores e consumidores, utiliza-se o contrato de adesão, descrito pelo artigo 54 do CDC. Trata-se daquele no qual o consumidor aceita condições ou cláusulas pré-determinadas pelo fornecedor, um contrato previamente definido, mitigando a liberalidade e equiparação em relação ao fornecedor do serviço ou produto. O § 3º do citado artigo determina que “os contratos de adesão escritos serão redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, cujo tamanho da fonte não será inferior ao corpo doze, de modo a facilitar sua compreensão pelo consumidor”.

Para limitar os poderes do fornecedor, o CDC, implicitamente, aplica, ainda, o disposto no artigo 421 do Código Civil, segundo o qual “a liberdade contratual será exercida nos limites da função social do contrato”. Uma vez que o Código de Defesa do Consumidor constitui norma de caráter público e interesse social, descumprido tal dever, cabe ao Estado agir. Paulo R. Roque A. Khouri⁷ acrescenta que:

(...) o Estado se tem limitado a intervir nas relações contratuais de olho tão somente no interesse social. Esse é o limite entre o dirigismo contratual e a liberdade de contratar, que continua sendo impulsionada e movimentada pelo mercado. Essa função social será tratada pelo legislador nos casos em que entender necessária maior proteção do Estado, como, aliás, vem ocorrendo até aqui.

Em complemento, o Direito do Consumidor define que os contratos de consumo devem observar o princípio do tratamento mais favorável ao consumidor, no que tange às condições gerais dos contratos, defeso no artigo 47 do Código Consumerista. Este princípio se aplica especialmente nas situações em que houver sentido ambíguo na interpretação de alguma cláusula contratual.

Segundo Ávila e Carvalho⁸ (*apud*. MARQUES; MIRAGEM), para o olhar do direito:

(...) a vulnerabilidade está associada à identificação de fraqueza ou debilidade de um dos sujeitos da relação jurídica, em razão de determinadas condições ou qualidades que lhe são inerentes ou, ainda, de uma posição de força que pode ser identificada no outro sujeito da relação jurídica

Esta, diferentemente da hipossuficiência, não exige qualquer prova, uma vez que é, desde o início, presumida, ou seja, é inerente a todos os consumidores. Tal princípio relaciona-se à

⁷ KHOURI, Paulo R. Roque A. *Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p.26.

⁸ ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, José Lucas Santos. *A Hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da Comunidade Carrilho, Município de Itabaiana/SE*. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho Sociais e Empresariais, dez. de 2016, p. 164.

proteção do indivíduo no ambiente comercial, objetivando a aplicação de fundamentos legais como a isonomia, equidade e equilíbrio das relações contratuais.

O Direito do Consumidor especifica as diferentes classificações de vulnerabilidade. São elas a vulnerabilidade técnica, referente ao desconhecimento técnico do objeto consumido; jurídica, desconhecendo seus direitos na relação de consumo; fática, com inferioridade de poder econômico de mercado perante o consumidor; informacional, quanto ao recolhimento de informações do negócio firmado; e psíquica, ao poder das publicidades de influenciar nas escolhas consumeristas.

O CDC traz ainda a figura do consumidor hipervulnerável, cujo comportamento se faz facilmente maleável perante a publicidade, como os idosos, as crianças, os analfabetos e os deficientes, alvos do fornecedor para práticas comerciais abusivas e estratégias de *marketing*, tal qual a venda casada, violando a liberdade de consumo e o direito do consumidor a informações claras e acessíveis, defeso no art. 6, III do CDC. Ávila e Carvalho⁹ completam que a proteção a essa classe implica no afastamento da exclusão social e na exaltação da cidadania.

Exemplo concreto do abuso ao hipervulnerável, segundo Alexandre Pereira Bonna¹⁰, ocorre quando certa instituição financeira obtém acesso ao banco de dados do INSS, objetivando oferecer empréstimo consignado a recém-aposentados, de maneira irregular. Preventivamente, o INSS alterou a instrução normativa nº 100, impedindo o contato de instituições financeiras com aposentados nos primeiros 180 dias da concessão do benefício.

Deve-se destacar que o espaço cibernético contemporâneo, sem dúvidas, se mostrou intenso fator de agravo dos sentimentos de incerteza, instabilidade e insegurança, devido à complexidade para a utilização dos instrumentos eletrônicos promotores de interação social, motivo que comprometeu ainda mais a vulnerabilidade do consumidor. Busca-se agora meios que possibilitem reganho da confiança que antes neles existia. A esse respeito, e em ligação à função interpretativa do princípio da vulnerabilidade, isto é, interpretativa da aplicação da legislação consumerista e do dever de correção, através do Código de Defesa do Consumidor, afirma Bruno Miragem¹¹ que:

(...) é evidente que a própria velocidade e intensidade das transformações sociais e econômicas não permite, ou recomenda, que alterações legislativas se processem no mesmo ritmo. Daí o papel do intérprete e aplicador do direito na atualização do sentido da norma pela via da interpretação da norma e concreção de seus conceitos. (...) Deste modo,

⁹ ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, José Lucas Santos. A Hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da Comunidade Carrilho, Município de Itabaiana/SE. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho Sociais e Empresariais, dez. de 2016, p. 8.

¹⁰ BONNA, Alexandre Pereira; CAÑIZO, Amanda de Moura; CALZARVA, Giovana Ferreira. *Consentimento e LGPD: Desafios diante da Hipervulnerabilidade do Consumidor*. Revista de Direito e Atualidades, jan. de 2022, p. 13.

¹¹ MIRAGEM, Bruno. *Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo*. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Cláudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). *Direito do Consumidor: 30 anos do CDC*. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 238; 253.

afirmado o princípio da vulnerabilidade (ou do reconhecimento da vulnerabilidade) a identificação de diferentes critérios que expressem esta subordinação estrutural do consumidor ao fornecedor na relação de consumo também acompanhará as transformações do mercado de consumo.

A eficácia do princípio da vulnerabilidade na interpretação da lei não se restringe a determinação do sentido da norma a partir de seus propósitos originais. A interpretação compreende também a tarefa de atualização da lei, ou seja, o desenvolvimento do Direito que se dá em consonância com seus princípios fundantes, muitas vezes “motivado precisamente pela aspiração a fazer valer estes princípios em maior escala do que aconteceu na lei”. A atualização do sentido e alcance da lei, por intermédio da função interpretativa do princípio da vulnerabilidade, tem especial relevância frente às transformações do mercado de consumo promovidas pelo desenvolvimento da internet – o mercado de consumo digital. O reconhecimento de uma vulnerabilidade digital informa a interpretação e aplicação das normas do CDC às relações de consumo pela internet.

2. O COMÉRCIO ELETRÔNICO E AS PRÁTICAS ABUSIVAS AOS DADOS PESSOAIS

O espaço cibernético se faz meio pós-moderno e ponte para o desenvolvimento do comércio eletrônico. Com o lançar dessa ferramenta, estabelecimentos comerciais tradicionalmente físicos migraram para a *web*, construindo suas plataformas de modo que atraíam novos consumidores. Este novo sistema compara-se ao “Grande Irmão” descrito na obra “1984” de George Orwell, funcionando como vigilante de cada movimento ou acesso do agente vulnerável, salvando seus dados pessoais para posterior análise e envio de anúncios publicitários. Complementa Bruno Miragem¹²:

Assim, por exemplo, o estímulo emocional que pode ser utilizado para promover uma necessidade do consumidor, seja ela real ou criada artificialmente pelo fornecedor. A internet, pela aplicação de softwares de apresentação gráfica e, sobretudo, a personalização de ofertas e publicidade ao consumidor mediante tratamento de dados pessoais potencializa os incentivos sensoriais ou emocionais para tomada de decisão do consumidor no mercado de consumo digital.

Entende-se, portanto, que os dados pessoais se fazem o combustível que movimenta o mercado da informação, direcionando investimentos e negócios, facilitando, conseqüentemente, decisões em ambientes de competitividade, aumentando a eficiência produtiva e diminuindo o risco de operações.

Surge, neste contexto, o chamado *big data analytics* ou *database marketing*, processo de exploração, transformação e análise de informações para identificar tendências e padrões que revelam *insights* significativos que dão suporte à tomada de decisões conforme o consumidor e respectivo histórico de navegação. Desenvolveu-se a denominação *marketing* viral, como espécie de vírus de propagação de marcas e publicidades. Por este mecanismo, os indivíduos são instruídos a divulgar uma mensagem publicitária a outros sites ou usuários.

¹² MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020, p. 240.

De acordo com a doutoranda Marcela Joelsons¹³, formada pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul, os valores de mercado de empresas que realizam a coleta dos dados são os maiores, empresas tecnológicas mono e oligopolizadas como a *Apple* (263 bilhões de dólares), a *Amazon* (254 bilhões de dólares), o *Google* (191 bilhões de dólares) e a *Microsoft* (140 bilhões de dólares). O caso mais impactante de vazamento de dados se deu em 2013, pela plataforma *Yahoo!*, que comprometeu informações pessoais de mais de três milhões de usuários, espalhando senhas, e-mails, números de telefone e perguntas de segurança.

É inegável que as relações de consumo devem funcionar à base do princípio da boa-fé, entretanto, ao que consumidor despeja integralmente sua confiança, não apenas no produto, mas no fornecedor virtual, aparentemente invisível, este tende a tirar proveito da fragilidade daquele, visando enriquecimento ilícito, mesmo que indiretamente.

Assim, o espaço cibernético possibilitou que pessoas mal-intencionadas pudessem invadir os dados pessoais do agente e manejá-los para obter vantagens ilícitas, praticando crimes cibernéticos. Dentre os mais comuns estão as fraudes por e-mail e pela Internet; fraude de identidades; roubo de dados financeiros e pagamento de cartões; e roubo e venda de dados corporativos. Além disso, com o advento tecnológico, empresas passaram a determinar o custeio de certos produtos e serviços conforme as características do consumidor.

Para Bonna¹⁴, a exemplo, em 2018, a empresa *decolar.com* foi condenada ao pagamento de R\$ 7.500.000,00 por praticar *geopricing* e *geoblocking* ao diferenciar o preço de acomodações e negar oferta de vagas conforme a localização geográfica e a etnia de seus consumidores. Tal prática é vedada nos termos do artigo 39, IX e X do Código de Defesa do Consumidor.

3.SISTEMAS PROTETIVOS AO CONSUMIDOR: MARCO CIVIL DA INTERNET, LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A EXIGÊNCIA DO CONSENTIMENTO

A pregação pela proteção de dados individuais nas relações de consumo virtuais não é recente, devido à privacidade já se ter se mostrado evidente direito fundamental, incluída no art. 5º do texto constitucional, mas sua emergência se demonstra em ápice, maior do que nunca, diretamente ligada à dignidade humana e o livre desenvolvimento da personalidade do cidadão. Como consequência, impulsionou a promulgação de dois textos legislativos para defesa do tema: O Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados.

Promulgada em 2014, a Lei 12.965, ou Marco Civil da Internet, estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, determinando diretrizes para

¹³ JOELSONS, Marcela. Lei Geral de Proteção de Dados: fronteiras do legítimo interesse. Indaiatuba: Foco, 2022, p.19.

¹⁴ BONNA, Alexandre Pereira; CAÑIZO, Amanda de Moura; CALZARVA, Giovana Ferreira. *Consentimento e LGPD: Desafios diante da Hipervulnerabilidade do Consumidor*. Revista de Direito e Atualidades, jan. de 2022, p. 11.

atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com seus objetivos promotores descritos em seu artigo 4, tais quais: o direito de acesso à internet a todos; o acesso à informação, ao conhecimento e à participação na vida cultural e na condução dos assuntos públicos; a inovação e do fomento à ampla difusão de novas tecnologias e modelos de uso e acesso; e a adesão a padrões tecnológicos abertos que permitam a comunicação, a acessibilidade e a interoperabilidade entre aplicações e bases de dados.

Segundo o artigo 7º da referida lei, no mundo contemporâneo, o acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e determinam seus incisos os direitos defesos. Essa nova lei, entretanto, não garantiu a privacidade de dados de forma completa, abrangente e estruturada, não sendo uma normativa geral para a proteção de dados. Concluiu-se que a proteção dos dados pessoais ainda se encontrava desprotegida, exigindo uma legislação que se assegura o respeito à vida privada em relação aos fluxos comunitários de dados pessoais.

Dessa forma, influenciado por países como o México, os Estados Unidos e os membros da União Europeia, foi a partir de 2020, após 2 anos de *vacatio legis*, que a Lei Geral de Proteção de Dados passou a vigorar no ordenamento jurídico brasileiro, como norma de interesse nacional, estendendo-se à proteção do consumidor. Ela atinge todos os setores da economia com aplicação extraterritorial, garantindo maior controle em um contexto de segurança jurídica e cibersegurança, assegurando a paridade de armas na concorrência, enquanto diminui os empecilhos ao desenvolvimento econômico do país. A Lei Geral de Proteção de Dados tem seus fundamentos delimitados em seu artigo 2¹⁵, não se aplicando ao tratamento de dados para fins exclusivamente particulares, não econômicos, jornalísticos, artísticos, acadêmicos, de

¹⁵ Diz o artigo: Art. 2º A disciplina da proteção de dados pessoais tem como fundamentos: I - o respeito à privacidade; II - a autodeterminação informativa; III - a liberdade de expressão, de informação, de comunicação e de opinião; IV - a inviolabilidade da intimidade, da honra e da imagem; V - o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação; VI - a livre iniciativa, a livre concorrência e a defesa do consumidor; e VII - os direitos humanos, o livre desenvolvimento da personalidade, a dignidade e o exercício da cidadania pelas pessoas naturais.

segurança pública, defesa nacional ou investigação penal. O artigo 6¹⁶ dessa lei define os princípios, base para seu funcionamento. Segundo Adriane Garcel, *et. al*¹⁷:

(...) o princípio da segurança física e lógica impõe a necessidade de utilização de medidas técnicas e administrativas eficientes à proteção dos dados. Trata-se da implementação e gerenciamento de um sistema eficiente e abrangente de governança e gestão de riscos de segurança da informação que leve em conta a complexidade da problemática da proteção de dados.

O artigo 5º, I, por sua vez, caracteriza o conceito de dados pessoais como a “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” e o inciso II traz a definição de dado sensível como aquele “sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural”.

No contexto consumerista, a proteção ao consumidor está relacionada no que tange à necessidade de uma base normativa que autorize o uso desses dados, o consentimento do titular. Portanto, o artigo 7º, I, defende que a legitimação tal deve se dar mediante consentimento expresso do titular, com possibilidade de revogação por manifestação expressa ou através de cláusula escrita.

Este consentimento se faz vinculativo até mesmo no caso de aceitação dos “termos de uso” e dos *cookies*, uma vez que já aparecem de forma impositiva quando do acesso a determinadas páginas da *web*, obrigando o consumidor a aceitá-los, ausente a opção de recusa. São poucas as plataformas que trazem descrição sobre o assunto, a exemplo da página da Universidade de Cambridge. Demonstra-se uma falsa sensação de controle por parte do polo vulnerável, a ele não perceptível, que no geral não demonstra capacidade para definir as desvantagens ocultas do uso desse sistema pré-programado.

¹⁶ Define-se: Art. 6º As atividades de tratamento de dados pessoais deverão observar a boa-fé e os seguintes princípios: I - finalidade: realização do tratamento para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; II - adequação: compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas ao titular, de acordo com o contexto do tratamento; III - necessidade: limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades, com abrangência dos dados pertinentes, proporcionais e não excessivos em relação às finalidades do tratamento de dados; IV - livre acesso: garantia, aos titulares, de consulta facilitada e gratuita sobre a forma e a duração do tratamento, bem como sobre a integralidade de seus dados pessoais; V - qualidade dos dados: garantia, aos titulares, de exatidão, clareza, relevância e atualização dos dados, de acordo com a necessidade e para o cumprimento da finalidade de seu tratamento; VI - transparência: garantia, aos titulares, de informações claras, precisas e facilmente acessíveis sobre a realização do tratamento e os respectivos agentes de tratamento, observados os segredos comercial e industrial; VII - segurança: utilização de medidas técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou difusão; VIII - prevenção: adoção de medidas para prevenir a ocorrência de danos em virtude do tratamento de dados pessoais; IX - não discriminação: impossibilidade de realização do tratamento para fins discriminatórios ilícitos ou abusivos; X - responsabilização e prestação de contas: demonstração, pelo agente, da adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais e, inclusive, da eficácia dessas medidas.

¹⁷GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020, p. 330.

O artigo 18 dessa lei complementa que a consulta da utilização dos dados pode ser feita a qualquer momento, passível de correção quando desatualizados ou incompletos, ainda possibilitando a retirada daqueles armazenados sem o consentimento do titular. Já o artigo 14 traz determinações específicas com relação às crianças, adolescentes e jovens, hipervulneráveis, visando seu melhor interesse e realizados mediante consentimento de seu responsável legal.

Avançando na legislação, o artigo 46 determina que os “agentes de tratamento devem adotar medidas de segurança, técnicas e administrativas aptas a proteger os dados pessoais de acessos não autorizados e de situações acidentais ou ilícitas de destruição, perda, alteração, comunicação ou qualquer forma de tratamento inadequado ou ilícito”, uma vez que o texto legal não menciona quais são as ferramentas técnicas adequadas. A lei exige a revisão dos bancos de dados, devendo todas as empresas e organizações fixarem prazo de armazenamento de dados que deverão ser categorizados e fiscalizados, impossibilitando que ocorra indefinidamente. Adriane Garcel, *et. al*¹⁸ complementam:

Também, deverá ser produzido o chamado relatório de impacto à privacidade, Data Protection Impact Assessment (DPIA), com detalhamento adequado dos procedimentos que podem acarretar riscos, mapeamento destes e medidas a serem tomadas no intuito de mitigação. Da coleta à exclusão, todas as atividades de tratamento deverão ser registradas, com indicação dos dados que foram coletados, informações referentes ao armazenamento, sua duração, finalidade, segurança e autorização legal (data mapping), para tanto, com adoção de medidas adequadas de segurança.

Assim, de acordo com Patrícia Ribeiro Lourenço¹⁹, essa lei, que objetiva autonomia pessoal dos dados e tutela os direitos da personalidade, além de evitar desvio ilícito de finalidade de uso, passou a impor a necessidade de técnicas administrativas que garantam a proteção dos dados pessoais, alvo de aplicação de medidas pelas unidades administrativas e especializadas sob responsabilidade da Autoridade Nacional de Proteção de Dados, órgão responsável pela interpretação da Lei Geral de Proteção de Dados.

Os objetivos do referido órgão estão relacionados a proteger os indivíduos; garantir que o desenvolvimento econômico, digital e social do Brasil esteja alinhado com os princípios de privacidade e proteção aos dados pessoais; e assegurar a efetividade da Lei Geral de Proteção de Dados. A presente Autoridade Nacional visa ainda propor uma guia de diretrizes ao respeito do respectivo uso dos dados, garantindo programas educativos ao cerne das normas da LGPD.

Devido sua extrema atualidade, são raras jurisprudências que tratem da exigência do consentimento. Uma vez que o fundamento geral é seu legítimo interesse, e sendo o uso ilegítimo

¹⁸ GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de; HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020, p. 334.

¹⁹ LOURENÇO, Patrícia Ribeiro. LGPD e Direito do Consumidor: impactos e influências. Microservice, 2022.

dos dados acarretador de prejuízos, ou ainda em caso de violação das regras do ordenamento jurídico, não exclusivo à LGPD, implicará em responsabilização civil, com acompanhamento pelas autoridades competentes, impondo sanções cujas consequências podem ir de meras advertências a multas relativas a 2% do faturamento do órgão obtentor dos dados, publicização da infração, bloqueio e eliminação dos dados pessoais. Tais infrações devem ser denunciadas à ANPD.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após a breve análise acima apresentada, se torna indiscutível a imprescindibilidade da preocupação em proteger os dados individuais quando em meio as relações de consumo virtuais. Os meios tecnológicos tiveram seu propósito de existência desviados, pois facilitaram práticas ilícitas. A Era Informacional, em conjunto com a Cultura do Consumo, por consequência do intercâmbio de informações, agravou a situação de vulnerabilidade do consumidor, uma vez que provocou a ruptura de sua confiança na realização de negócios e investimentos.

Inegável dizer que o Direito, por vezes, mostra sua dificuldade em acompanhar a evolução da sociedade tecnológica e do tratamento ilícito e antiético de programas que ela proporcionou, deixando de aplicar devidas sanções ou medidas protetivas e educativas, possibilitando que usuários tenham sua liberdade de consumo e direito de privacidade violados por fornecedores, mediante a efetivação de negócios pelas plataformas virtuais.

Agora já existente legislação voltada a este ponto, se demonstra a extrema necessidade de transcrevê-la para a prática, bem como de acionar grupos e associações de defesa e proteção dos dados, como a Autoridade Nacional de Proteção de Dados, que embora de natureza recente, se faz fundamental, a fim de preservar a segurança, não apenas dos dados individuais, mas também das relações de consumo e contratuais, seguindo normas principiológicas a exemplo da boa-fé, da dignidade humana e da liberdade consumerista, estas como incitadoras do direito à cidadania.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Flávia de; CARVALHO, José Lucas Santos. A Hipervulnerabilidade social do sujeito de direito a partir do estudo de caso da Comunidade Carrilho, Município de Itabaiana/SE. Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho Sociais e Empresariais, dez. de 2016. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadireitosfundamentais/article/view/1422>. Acesso em 21 de out. de 2022.

BONNA, Alexandre Pereira; CAÑIZO, Amanda de Moura; CALZARVA, Giovana Ferreira. Consentimento e LGPD: Desafios diante da Hipervulnerabilidade do Consumidor. Revista de Direito e Atualidades, jan. de 2022. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/rda/article/view/6231#:~:text=Resumo,de%20hipervulnerabilidade%20do%20usu%C3%A1rio%2Dconsumidor>. Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. Institui-se o Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Planalto, Brasília, 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, Lei 13.709 de 14 de agosto de 2018. Institui-se a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Planalto, Brasília 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, 1988. Institui-se a Constituição da República Federativa do Brasil. Planalto, Brasília, 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, Lei 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui-se o Código Civil. Planalto, Brasília, 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 25 de out. de 2022.

BRASIL, Lei 12.965 de 23 de abril de 2014. Institui-se o Marco Civil da Internet. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Planalto, Brasília, 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em 31 de out. de 2022.

Crescimento da internet desacelera e 2,7 bilhões ficam fora da rede. Onu News: Perspectiva Global Reportagens Humanas, set. de 2022. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2022/09/1801381>. Acesso em 31 de out. de 2022

GARCEL, Adriane; MORO, Sergio Fernando; SOUZA NETTO, José Laurindo de;

HIPPERTT, Karen Paiva. Lei geral de proteção de dados: diretrizes e implicações para uma sociedade pandêmica. Coletâneas de artigos jurídicos: em homenagem ao Professor José Laurindo de Souza Netto. Viviane C. de S. K., Adriane G., José L. de S. N. 1.ed., Curitiba: Clássica Editora, 2020. ISBN 978-65-87965-03-1. p.319-344. Disponível em: <https://www.tjpr.jus.br/documents/18319/47149551/42.+Artigo+Lei+Geral+de+Proteção+de+Dados.pdf/f4e4281e-2318-9799-39a8-f394a68230b3>. Acesso em 31 de out. de 2022.

JOELSONS, Marcela. Lei Geral de Proteção de Dados: fronteiras do legítimo interesse. Indaiatuba: Foco, 2022. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/handle/10183/236101>. Acesso em 24 de out. de 2022.

KHOURI, Paulo R. Roque A. Direito do Consumidor: contratos, responsabilidade civil e defesa do consumidor em juízo. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

LGPD e Direito do Consumidor: O que muda nas relações de consumo. LGPD brasil.com.br, 11 de mar. De 2022. Disponível em: <https://www.lgpdbrasil.com.br/lgpd-e-direito-do-consumidor-o-que-muda-nas-relacoes-de-consumo/>. Acesso em 25 de out. de 2022.

LOURENÇO, Patrícia Ribeiro. LGPD e Direito do Consumidor: impactos e influências. *Microservice*, 2022. Disponível em: <https://www.microserviceit.com.br/lgpd-e-direito-do-consumidor/>. Acesso em 25 de out. de 2022.

MIRAGEM, Bruno. A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei 13.079/2018) e o Direito do Consumidor. Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS. Revista dos Tribunais Online, nov. de 2019. Disponível em: <https://www.brunomiragem.com.br/wp-content/uploads/2020/06/002-LGPD-e-o-direito-do-consumidor.pdf>. Acesso em 25 de out. de 2022.

MIRAGEM, Bruno. Princípio da vulnerabilidade: perspectiva atual e funções no direito do consumidor contemporâneo. In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; MAGALHÃES, Lucia Ancona Lopez de. (Org.). Direito do Consumidor: 30 anos do CDC. 1ª. Ed. São Paulo: Forense, 2020. Disponível em: <https://brunomiragem.com.br/artigos/015-principio-da-vulnerabilidade-perspectiva-atual-e-funcoes-no-direito-do-consumidor-contemporaneo.pdf>. Acesso em 31 de out. de 2022.

O papel da Autoridade Nacional de Proteção de Dados Pessoais (ANPD) conforme a nova Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Centro de Direito, Internet e Sociedade, abr. de 2017. Disponível em: <https://www.jota.info/wp-content/uploads/2020/08/pt-cipl-idp-paper-on-the-role-of-the-anpd-under-the-lgpd-04-17-2020.pdf>. Acesso em 31 de out. de 2022.

SCORTEGAGNA, Franco. Dos Princípios do Direito do Consumidor: A Vulnerabilidade do Consumidor. 2022. Notas de Aula.

SOLOMON, Michael R. O comportamento do Consumidor: comprando, possuindo e sendo. 11. ed. Porto Alegre: Bookman, 2016

A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR FRENTE À PRÁTICA DO UNBOXING

CONSUMER PROTECTION AGAINST THE PRACTICE OF UNBOXING

Kailaine Tessaro¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O artigo visa analisar a sociedade do hiperconsumo e a falsa sensação de felicidade promovida por meio da publicidade. Após o surgimento da internet, as redes sociais passaram a ser uma ferramenta de publicidade. Assim, nasceram as práticas de desempacotar produtos, mais conhecidas como *unboxing*, que são feitas, na maioria das vezes, por *influencers* digitais. Justifica-se a importância tendo em vista a fragilidade do consumidor perante as práticas abusivas feitas por meio da publicidade subliminar nas redes sociais. Constata-se que, o consumidor não tem um meio adequado para distinguir se está diante de uma publicidade ou não. Com isso, necessárias políticas públicas de educação para o consumo, para esclarecer o direito de informação e de transparência que devem estar presentes na publicidade, com intuito de proteger o consumidor.

PALAVRAS-CHAVE: Consumidor. Hiperconsumo. Influencers. Publicidade. Unboxing

ABSTRACT

The article analyzes the hyperconsumption society and the false sense of happiness developed through advertising. After the development of the internet, social networks became an advertising tool. Thus, the practices of unpacking products, better known as unboxing, were born, which are mostly done by digital influencers. It justifies the importance of keeping in mind the supervision of the consumer in the face of abusive practices carried out through subliminal advertising on social networks. It appears that the consumer does not have an adequate means to distinguish whether he is facing an advertisement or not. With this, public policies of education

¹ Acadêmica da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. Estagiária do Balcão do Consumidor de Casca. Integrante do Grupo de Pesquisa Balcão do Consumidor de Casca: instrumento de transformação da realidade social com base na análise das dimensões de poder na sociedade de consumo. Endereço de e-mail pessoal: kailaine.tessaro@gmail.com. Endereço de e-mail institucional: 193489@upf.br

² Nadya Regina Gusella Tonial: Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestre em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: nadyatonial@gmail.com.

for consumption are necessary, to clarify the right to information and transparency that must be present in advertising, with the intention of protecting the consumer.

KEYWORDS: Consumer. Hyperconsumption. Influencers. Advertisin. Unboxing

INTRODUÇÃO

O *unboxing* é uma das ferramentas utilizadas na demonstração de produtos, levando os consumidores a comprar mais. Com a chegada das redes sociais surgiram os *influencers* digitais que compartilham suas escolhas, e seu dia-a-dia a fim de se aproximar, inconscientemente, do consumidor, a fim de influenciar as escolhas. Com esses avanços tecnológicos, a publicidade se tornou mais ostensiva e menos perceptível.

Justifica-se a importância do tema, visto que a sociedade está em constante avanço tornando o consumidor, cada vez mais, a parte vulnerável das relações de consumo. Assim, necessário compreender as práticas ilegais da publicidade frente ao consumidor e as formas de protegê-lo.

Nesse contexto, busca-se investigar a proteção do consumidor nas redes sociais, diante da publicidade enganosa, subliminar e abusiva realizada pelos *influencers* digitais, em especial na prática do *unboxing*. Para responder a problemática da pesquisa utilizou-se o método hermenêutico e a técnica de pesquisa eleita foi a bibliográfica.

Objetiva-se entender a sociedade do hiperconsumo, analisar os direitos dos consumidores frente às práticas abusivas cometidas, por meio da publicidade enganosa ou subliminar e, ainda, estudar a importância das redes sociais na publicidade e a prática do *unboxing*.

1. SOCIEDADE DO HIPERCONSUMO

A sociedade contemporânea, notadamente é designada de diversas formas, seja como sociedade pós-moderna ou pós-industrial, globalizada, em rede, de informação ou de consumo. Apesar das diferentes denominações carrega consigo a mesma característica: vive-se a sociedade da informação. Desse modo, o desenvolvimento da computação e da ampliação do uso da internet proporcionou um novo ambiente para as interações humanas, com nítidos reflexos nos diversos subsistemas sociais.³

³ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo: A Transformação das pessoas em mercadorias**. Ed. Jorge Zahar Editor. 2007, p. 70.

A era da informação revela um espaço para a promoção das pessoas, todavia, ao mesmo tempo é território para abusos por parte do mercado, ávido por lucro, impulsionando a efetivação de uma sociedade cada vez mais consumista.⁴

Com o começo da Revolução Industrial em meados do século XIX, ocorreu a implementação de maquinários no processo produtivo e aumentou a oferta e a demanda, o que ocasionou um grande crescimento no mercado, com a explosão das escolhas de consumo.⁵

Devida a alta demanda dos empregos, o povo conquistou maior poder aquisitivo, conseqüentemente, houve possibilidade de ampla escolha dos produtos disponíveis para compra, que antes eram mais restritos, devido ao modo de produção ser artesanal. Assim, a sociedade foi moldada para o advento do capitalismo, que provocou o aumento dos bens para consumo e o poder de compra das pessoas. Após a Segunda Guerra Mundial ocorreu a evolução do capitalismo, aumentando ainda mais a oferta e a demanda.⁶

Desse modo, a “Sociedade de Consumo” surgiu por meados dos anos 1920 e pode ser considerada como

um dos inúmeros rótulos utilizados por intelectuais, acadêmicos, jornalistas e profissionais de marketing para se referir à sociedade contemporânea. Ao contrário de termos como sociedade pós-moderna, pós-industrial e pós-iluminista — que sinalizam para o fim ou ultrapassagem de uma época — sociedade de consumo, à semelhança das expressões sociedade da informação, do conhecimento, do espetáculo, de capitalismo desorganizado e de risco, entre outras, remete o leitor para uma determinada dimensão, percebida como específica e, portanto, definidora, para alguns, das sociedades contemporâneas.⁷

A evolução do pensamento do comprar e descartar, fundamentando a economia no ato de consumir, trouxe a figura do hiperconsumo, que pode ser definido como “a ambiência potencializada que serve de palco às relações sociais ao mesmo passo que interfere e interage com as mesmas.” Surgiu com a melhoria das condições de vida, o bem estar tornou-se uma paixão, ou seja, o objetivo das sociedades democráticas, e com isso uma nova fase do capitalismo.⁸

A chegada da internet e o desenvolvimento das novas tecnologias trouxeram o aumento do consumo. As pessoas consomem mais e na medida em que a sociedade evolui surgem mais

⁴ SEBASTIÃO, S. **Formatos da publicidade digital**: sistematização e desambiguação. Comunicação e Sociedade, [S.l.], v. 19. 2011, p. 14.

⁵ FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno do Greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. 2018. p. 545

⁶ FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno do Greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. 2018.p. 545

⁷ ZALUAR, Jorge. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Livia Barbosa. 2004.

⁸ PASQUALOTTO, Adalberto et al. **O direito na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

desejos de consumir e quanto mais se consome mais quer se consumir para despertar o sentimento da felicidade.⁹

Para Lipovetsky esse período se caracteriza pela incessante vontade de consumir, isto é, quanto mais se consome mais se deseja consumir. É difícil satisfazer os desejos e existe uma “incapacidade de eliminar os apetites do consumo, sendo toda saturação de uma necessidade acompanhada imediatamente por novas procuras”. O consumir é comparado com a felicidade, pois quanto mais se consome mais aparenta estar consumindo felicidade nos tornando escravos dos nossos próprios desejos.¹⁰

Essa realidade encontra-se ligada com a obsolescência programada, que guarda íntima relação com a sociedade de consumo, mais, especificamente, do chamado consumismo. Tal situação traz a necessidade de possuir certa coisa porque se encontra na moda ou porque as pessoas têm, fazendo com que haja o descarte de um bem e a compra de outro, sem a devida necessidade. O consumir é sinônimo de status perante a sociedade.¹¹ Com isso, as pessoas compram muitos bens, de marcas e caros, devido a pressão social e também para suprir momentos de desejo, de prazer e do sentimento de possuir e ser incluído socialmente.

A indústria capitalista tem por objetivo perpetuar os desejos, de modo a nunca satisfazê-los, a satisfação então é apenas momentânea. O ciclo de um produto é cada vez mais curto, pois é necessário que as promessas sejam quebradas de forma rotineira e as esperanças frustradas e renovadas, assim, nesse prazo dos produtos é que aparece a obsolescência programada. As promessas são exageradas e enganadoras, visto que a busca da felicidade, em uma sociedade de consumo, deve ser perpetuada.¹²

Nessa linha, Lipovetsky, afirma que, em nosso tempo, a “euforia está em cartaz”, mas a “desolação dos seres progride todo dia um pouco mais”; há “abundância material”, mas ao mesmo tempo existe um “déficit de felicidade”. Por quê? Porque a “proliferação dos bens consumíveis”. Logo, não impede uma “espiral de penúria”, já que a sociedade capitalista do hiperconsumo “gera alto grau de exclusão demográfica e sociocultural”.¹³

⁹ LIPOVETSKY, Gilles, 1944- **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo. Companhia das Letras, 2007.

¹⁰ LIPOVETSKY, Gilles, 1944- **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.p. 23.

¹¹ SILVA, Carlos Mendes Monteiro de; BRITO, Dante Ponte de. “Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais?”. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 133/2021. p. 205 - 221. Jan - Fev. 2021.

¹² SILVA, Maria Beatriz Oliveira da, “OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E TEORIA DO DECRESCIMENTO VERSUS DIREITO AO DESENVOLVIMENTO E AO CONSUMO (SUSTENTÁVEIS)”. p. 198. 2012

¹³LIPOVETSKY, Gilles, 1944- **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo. Companhia das Letras, 2007.p.38.

No entanto, a infelicidade não está apenas do lado dos “excluídos”, ela se encontra, também, entre aqueles que pertencem ao sistema de produção e consumo incessantes. Mas será mesmo que depois que a compra é efetuada, ficamos felizes? Segundo Marcos Ferreira de Paula, “o hiperconsumo, portanto, não traz a “felicidade” muitas vezes prometida”. Explica que, “nos anúncios publicitários e ainda gera descontentamento, insatisfação, tédio. Isso significa que mesmo que todos pudessem consumir e gozar dos bens oferecidos pelo mercado, ainda assim a insatisfação e o tédio seriam as marcas da sociedade do hiperconsumo.”¹⁴

Com este gasto descontrolável muitas pessoas acabam chegando à ruína financeira, ou seja, ao superendividamento, pois os gastos mensais tornam-se superiores à renda mensal, e não conseguem ter o suficiente para uma vida digna.¹⁵

Portanto, o desejo de felicidade com o consumo é superficial e o consumidor se torna escravo do próprio desejo, gerando o hiperconsumo. Cada vez mais, as pessoas são escravas dos nossos próprios desejos, como o de comprar para suprir uma necessidade de status e pertencimento perante a sociedade, saciar aquela fome inconsciente de felicidade. Todavia, após esse estresse sentem-se péssimas por gastar o que não deveriam.

2. PUBLICIDADE E REDES SOCIAIS

A publicidade consiste em um conjunto de técnicas com intuito de promover determinada atividade econômica. Ela representa uma mensagem estratégica e teoricamente elaborada por profissionais especificamente treinados e preparados para tanto. É veiculada por meios de comunicação em massa, cujas finalidades específicas são tornar um produto ou serviço conhecido do público como-alvo-potencial-consumidor e tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviços anunciados.¹⁶

A publicidade é uma técnica de comunicação que visa chamar a atenção para um produto, serviço ou causa, despertar o interesse ou desejo do consumidor e levá-lo à ação, sendo que esta ação poderá ser a compra.¹⁷

Originariamente, a publicidade poderia se apresentar com uma função informativa, visto que sua característica era dar conhecimento aos interessados da existência de certo produto ou

¹⁴ PAULA, Marcos Ferreira D. **Sobre a felicidade**. Grupo Autêntica, 2014. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788582174814/>. p. 16.

¹⁵ O superendividamento no Brasil foi regulado pela Lei n. 14.181/21, que dispõe sobre a sua prevenção e tratamento.

¹⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2007.p.275-287.

¹⁷ SEBASTIÃO, S. **Formatos da publicidade digital**: sistematização e desambiguação. Comunicação e Sociedade, [S.l.], v. 19. 2011. Disponível em: <<https://revistacomsoc.pt/index.php/revistacomsoc/article/view/1583>>. p.28

serviço e do local onde poderia ser adquirido. Com a evolução da sociedade de consumo e o aumento da competição entre as empresas fabricantes, a publicidade passou a representar um importante instrumento concorrencial.¹⁸

Desse modo, a publicidade revela-se ferramenta fundamental na busca de novos clientes, o que denota seu caráter informativo e ao mesmo tempo de persuasão. Dia a dia, a publicidade passou a incorporar uma linguagem cada vez mais atrativa e dotada de apelos lógicos e emocionais, com o objetivo de convencer o consumidor a adquirir diferentes produtos. Assim, a partir do surgimento da sociedade de massa e do avanço dos meios de comunicação, a publicidade passou a adquirir uma função de informar o consumidor com a finalidade de estimular novas demandas e de convencê-lo, por meio da persuasão, a adquirir produtos e serviços.

Muitas vezes esta publicidade pode ser subliminar ou enganosa, proibida no artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor. O princípio da publicidade é o de “prometeu cumpriu”, uma vez veiculada uma oferta, ou então uma mensagem publicitária, o anunciante fica obrigado a contratar com os eventuais consumidores, exatamente pela maneira e condições oferecidas ou anunciadas.¹⁹

Não existe a sociedade de consumo sem a publicidade, afinal sem a publicidade de um certo produto, ele se torna esquecido entre tantos outros, por esse motivo as empresas investem muito nesse quesito. Como decorrência de sua importância no mercado, surge a necessidade de que o fenômeno publicitário seja regido pelo direito, notadamente pela perspectiva da proteção do consumidor, polo vulnerável da relação jurídica de consumo. Verifica-se que a publicidade pode ser considerada o símbolo próprio e verdadeiro da sociedade moderna.²⁰

As publicidades proibidas são a enganosa e a proibida. A primeira é vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, previsto no artigo 37, caput, e §1º, que dispõe,

É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. §1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço, e quaisquer outros dados sobre produto e serviços (CDC).²¹

¹⁸ OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedroso. **Repensando o direito do consumidor III: 25 anos do CDC: conquistas e desafios**. Curitiba. OABPR, 2015.

¹⁹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>

²⁰ BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

²¹ BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> .

A publicidade enganosa pode ser dada de forma comissiva, por uma ação direta na campanha; ou omissiva, quando se apresenta pela ausência de informação essencial a respeito do produto ou serviço.

Por sua vez, a publicidade abusiva, vem definida no artigo 37, §2º, do CDC, que dispõe:

§2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” (CDC).²²

O legislador ao inserir a expressão “dentre outras” no texto legal, tornou o conceito aberto, seguido de um rol exemplificativo de situações que abordam a publicidade abusiva, que é toda aquela que se aproveita da vulnerabilidade do consumidor, ou que viole valores sociais e morais do mesmo. Uma vez que a publicidade é ofensiva à ordem social e à sociedade, torna-se abusiva, ferindo o interesse coletivo.²³

Ainda, cumpre referir sobre a publicidade subliminar, que é aquela que se faz de maneira oculta, atingindo o subconsciente do consumidor. Trata-se, de publicidade proibida, visto que expõe o consumidor à condição de fraqueza e fragilidade, visto que é abordado de forma a torná-lo mais sugestionável, limitando a sua liberdade de escolha.²⁴

Nesse contexto, verifica-se que, o lugar em que a publicidade faz o consumidor estar mais vulnerável é nas redes sociais, tais como o *Youtube*, *Instagram*, *Facebook*, entre outras mídias. A internet é um ambiente em que as informações circulam com grande rapidez. Ela é, em si, sinônimo de agilidade e rapidez, pois as informações são transmitidas velozmente pela rede e podem ser respondidas e vistas de imediato, sem muito espaço para reflexão.²⁵

É preciso contextualizar que o termo rede social já existia antes da internet. O que ocorre hoje é uma adaptação dos termos à linguagem e à era digital. A ideia de rede social é usada há cerca de um século, em que a expressão nasceu com a proposta de designar um conjunto de relações entre membros de um sistema social de diferentes dimensões. Com o surgimento da internet e com os avanços tecnológicos, as mídias sociais atualmente são as principais ferramentas de comunicação no Brasil e no mundo. Podem ser entendidas como plataformas

²² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor.** Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>.

²³ SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, p. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909>.

²⁴ SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva.** In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, p. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909>.

²⁵ KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor na Sociedade da Informação.** Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276380/>>. p.250-255.

virtuais que permitem aos seus usuários criarem perfis para interagir com outros usuários, publicarem mídias, expressarem opiniões, entre outras funções.²⁶

As empresas investem muito em publicidade como já citado anteriormente, mas também no marketing. Nessa linha, Pinho assevera que, as atividades de marketing podem ser explicadas em quatro "P's", derivados dos termos inglês product (produto), preço (distribuição), price (preço) e promotion (promoção). A publicidade estaria dentro da atividade de promoção ou comunicação, que compreende “todo esforço de comunicação empreendido pela empresa para informar a existência do produto e promover as vendas, por meio de pessoal, publicidade, propaganda, relações públicas, merchandising, marketing direto, embalagem e promoção de vendas”.²⁷

Hoje em dia, com as redes sociais que são utilizadas de modo comercial para a venda de produtos, muitas pessoas acabam sendo enganadas com a publicidade enganosa pagando um valor exorbitante de um produto, mais taxas para envio entre outras. A internet é uma ferramenta excelente, mas também há muitas pessoas maliciosas dentro desta rede, criando perfis falsos nas redes sociais e sites semelhantes a lojas reconhecidas para enganar e furtar o dinheiro do consumidor desatento.²⁸

Portanto, a publicidade feita nas redes nem sempre pode ser confiável, pois atualmente existem profissionais que cobram valores para desenvolver uma publicidade positiva sobre certo bem, tornando o produto famoso, mesmo que não seja verdade. As campanhas publicitárias veiculadas nas mídias são publicidades pagas a emissora, que geralmente, são fantasiosas, para criar um comercial que prenda a atenção do consumidor. Por fim, a publicidade acaba tendo o objetivo de despertar o desejo de um produto, para que as pessoas comprem e descumpra a finalidade informativa prevista na legislação consumerista.

3. OS INFLUENCERS DIGITAIS E O UNBOXING

O comércio virtual conquistou uma proporção global, trazendo maior comodidade aos consumidores e fornecedores. Nas mídias sociais a divulgação dos produtos e serviços ganhou uma nova roupagem, pois os mesmos são apresentados como parte integrante da rotina dos

²⁶ BERTOLDI, C. **Consumidor seguidor**: Um estudo sobre a publicidade no site da rede social Instagram. Porto Alegre: UFRGS, 2014.p. 16, 31.

²⁷ PINHO, José Benedito. **Comunicação em marketing**: princípios da comunicação mercadológica. Editora Papirus. 2001. p. 35.

²⁸ BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais**: o direito ao sossego. Indaiatuba, São Paulo. Editora Foco, 2021

influencers que, propagam ideais de beleza e status. Trata-se de uma publicidade oculta a qual pode ter consequências para os consumidores que são enganados por uma propaganda muitas vezes enganosa.²⁹

A utilização sem controle das redes sociais confere a cada usuário a possibilidade de criar conteúdos dos mais diversos assuntos e compartilhá-los com um número indeterminado de pessoas, ou seja, a quantidade total de usuários da Internet, quase 5 bilhões de pessoas, 3,96 bilhões delas usuárias de redes sociais. Assim, nascem os influenciadores digitais.³⁰

O público se conecta às redes sociais para estabelecer novas formas de relacionamento e se engajar de forma colaborativa no ambiente da produção de mídia. Neste sentido, o consumidor tem à disposição mecanismos para organizar sua própria grade de consumo midiático e pode optar por suprimir a propaganda. Por outro lado, o consumidor on-line também ganha ferramentas que o aproxima de seus produtos e personagens favoritos, o que aumenta as demandas de engajamento na rede.³¹ Logo,

Influenciadores não são novidade. Personalidades artísticas, políticas, esportivas, musicais, dentre outras, podem ser citadas desde séculos atrás como influenciadoras. A grande diferença na contemporaneidade é a possibilidade de qualquer pessoa poder se tornar uma influenciadora no âmbito das redes e mídias.³²

Os influenciadores digitais, atualmente, são considerados como verdadeiros profissionais da internet e, por isso, devem respeitar os princípios de boa-fé e transparência previstos na legislação consumerista, devendo deixar clara a sua relação comercial com a empresa do produto divulgado. Os *influencers* são pessoas que, com seu conhecimento e fama influenciam inconscientemente outras pessoas a fazer determinadas coisas ou comprar determinadas bens.³³

A divulgação da rotina íntima, dos pensamentos e das preferências dos *influencers* desperta curiosidade e interesse, ao ponto de seus comportamentos gerarem impacto em determinados temas. Eles mantêm o hábito rotineiro de acessar as redes sociais e partilhar nelas

²⁹ MARTINS, Mafalda S. M. C. O. **A Entrada nas Redes Sociais e o seu Efeito**: o caso da Huawei Portugal, Dissertação de Mestrado em Marketing. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Portugal, 2015. p. 5.

³⁰ BIOLCATI, Fernando Henrique De O. Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais. (Coleção Direito Civil Avançado). [Digite o Local da Editora]: Grupo Almedina (Portugal), 2022. E-book. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786556276410/>>. p.147-151

³¹ AUCAR, Bruna Santana. **A publicidade no Brasil**: agências, poderes e modos de trabalho (1914 – 2014). Orientador: Everardo Pereira Guimarães Rocha. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2016, p. 44.

³² DANTAS, Melina Simardel. **Desafio contemporâneos da informação**: influenciadores digitais como objetos de investigação. 2018. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/10499>> .p. 81.

³³ RAIZ, Diogo; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, p. 30, maio-ago. 2018.

o seu estado de espírito ou, simplesmente, falar com amigos. Nesse cenário, as marcas passaram a ver uma “nova oportunidade para se aproximarem dos consumidores”. De acordo com Aucar,

a convergência de mídia se torna um modelo de negócios valioso para as grandes empresas de comunicação, ampliando as possibilidades de lucro. Com a convergência de mídia, estas telas midiáticas se interligam, não são mais estáticas ou ligadas a fios que as colocam em estruturas pesadas e imóveis. As novas telas são caracterizadas pela mobilidade, portabilidade e acompanham o sujeito onde ele estiver. O celular e os aparelhos móveis remetem à noção de células, partículas que se cruzam e transpõem conteúdos infinitamente, podendo estar em qualquer lugar a cada novo arranjo social. [...] Homens e dispositivos interagem e multiplicam as possibilidades de representação na rede. A convergência alarga as formas de reprodução da experiência humana.³⁴

Considerando a característica da publicidade por influenciadores, percebe-se que todos os envolvidos na divulgação da publicidade devem ser cuidadosos para que a identificação da natureza publicitária seja aprimorada, assegurando o reconhecimento pelas crianças e adolescentes do conteúdo comercial. Esse viés deve ser perceptível e destacado, revelando que é uma publicidade.³⁵

Com a prática de mostrar coisas aos telespectadores surgiu o *unboxing*, palavra de origem inglesa, cujo significado é desempacotar produtos, observando todas as suas etapas. No *unboxing* os conteúdos são produzidos e lançados nas redes sociais por influenciadores digitais que “registram o momento da abertura de embalagens de produtos”, ou seja, “trata-se da gravação em vídeo da ação de desempacotamento do bem por parte do comprador, que mostra e narra o processo, sempre de forma pessoal”. Este ato gera uma maior visibilidade das lojas e produtos apresentados, incutindo no consumidor o desejo da compra.³⁶

O *unboxing* se tornou popular ao ser relacionado com o ato de filmar a abertura de caixas ou embalagens de produtos, inicialmente eletrônicos e de tecnologia. Estes momentos “unboxing” influenciam o consumidor antes da comprar, como por exemplo a compra de um celular: o consumidor antes de comprar um novo telefone, busca nas redes sociais, pessoas que já compraram e estão dando sua opinião, sobre como ele funciona, suas características positivas e negativas, para , após, escolher o celular que mais se encaixa na nossa escolha.³⁷

³⁴ AUCAR, Bruna & Rocha, Everardo. Isto é... Fantástico: televisão, revista eletrônica e consumo no Brasil. **Dissertação de mestrado**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2012. Disponível em < https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=21174@1>. p.57

³⁵ BERTOLDI, C. **Consumidor seguidor**: Um estudo sobre a publicidade no site da rede social Instagram. Porto Alegre: UFRGS, 2014. p. 26-30.

³⁶ SATO, Silvio Koiti. **Abrindo a embalagem na rede**: reflexões sobre consumo e cultura digital a partir dos unboxing videos. In: Congresso Internacional em Comunicação e Consumo, 2016, São Paulo. Anais eletrônicos. São Paulo: COMUNICON, 2016. p.1.

³⁷ PASQUALOTTO, Adalberto *et al.* **O direito na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador). Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2014.

Inicialmente, a prática era vista entre os influenciadores digitais como estratégia de marketing realizada pelas marcas para estimular publicidade gratuita nas redes sociais, o famoso "recebido", mas com o tempo houve uma evolução. Por meio destes vídeos é que acontece a prática de publicidade no *unboxing*. Se a publicidade é positiva, vai gerar um lucro gigantesco na empresa, mas se acaso for uma opinião ruim, vai tornar as coisas mais difíceis para a empresa.

38

As pessoas mais suscetíveis de influência são as crianças, que, ainda não tem um senso formado. A rede que mais tem acesso das crianças é o *Youtube* por ser uma rede neutra, que contém diversos conteúdos infantis e educacionais, mas dentro destes vídeos considerados inocentes, existe publicidade subliminar. Assim, sem deixar aparente, por exemplo um vídeo sobre bonecos está promovendo aquele brinquedo indiretamente, fazendo a criança desejar aquele brinquedo.

Os famosos *youtubers* podem ter várias idades, mas os mais assistidos são sempre os mirins, visto que as crianças se identificam com a idade deles. O local onde acontece estas publicações são em canais dentro da plataforma. Também nestes canais, o *youtuber* mirim publica conteúdos lúdicos e divertidos que fazem parte do universo infantil. Por exemplo, brincadeiras de faz de conta, desafios, organização do material escolar, e outras atividades cotidianas. São vídeos assistidos, repetidamente, por milhões de crianças, que influenciam e trazem por base o consumo para suprir os desejos.

Portanto, atualmente existem lojas que enviam produtos gratuitamente para os *influencers* com intuito de aparecer nos seus "recebendo produtos", por meio de vídeos que mostram os eles abrindo as caixas que receberam, ou seja, o *unboxing*. Desse modo, essa prática é publicidade paga, que se apresenta de forma subliminar e tem a finalidade de convencer os consumidores da utilidade do produto mostrado, não cumprindo, por vezes as normas do diploma consumerista.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o surgimento da internet aumentou o consumo, pela facilidade de efetuar uma compra, apenas com alguns cliques e a distância. Assim, houve o aumento das publicidades abusivas, enganosas e até mesmo subliminares realizadas por meio das redes de mídias, visando iludir os consumidores desatentos.

³⁸ PASQUALOTTO, Adalberto *et al.* **O direito na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador). Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2014.

Tal realidade denota a vulnerabilidade do consumidor, que na sociedade do hiperconsumo e da informação, fica exposto ao comprar por prazer, e descartar com facilidade, o que o torna mais vulnerável a práticas abusivas.

A publicidade, por sua vez, que tem a tarefa de informar, passou a ser um instrumento estratégico de promover vendas. Em especial, com o surgimento das redes sociais apareceu a figura dos *influencers* digitais que estão persuadindo o consumidor a cada postagem.

Nessa linha, mesmo que indiretamente, o consumidor é influenciado a consumir produtos por meio de fotos ou vídeos, pois a publicidade é ostensiva e, muitas vezes, disfarçada, com o fim de produzir lucros aos fornecedores. O *unboxing* representa uma estratégia de marketing para aproximar o consumidor do autor do vídeo, para assim torna-lo confiável e com isso, promover vendas.

Portanto, verifica-se a necessidade de políticas públicas de educação para o consumo que esclareçam os direitos do consumidor, no que tange ao dever de informação do fornecedor e das regras que devem ser cumpridas na publicidade, para que o consumidor possa exercer o direito de livre escolha na aquisição de produtos e serviços.

REFERÊNCIAS

AUCAR, Bruna & Rocha, Everardo. Isto é. Fantástico: televisão, revista eletrônica e consumo no Brasil. **Dissertação de mestrado**. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2012. Disponível em <https://www.maxwell.vrac.pucRio.br/Busca_etds.php?strSecao=resultado&nrSeq=21174@1>. Acesso em: 15 nov. 2022.

AUCAR, Bruna Santana. **A publicidade no Brasil**: agências, poderes e modos de trabalho (1914 – 2014). Orientador: Everardo Pereira Guimarães Rocha. Tese (doutorado). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2016.

BASAN, Arthur Pinheiro. **Publicidade digital e proteção de dados pessoais**: o direito ao sossego. Indaiatuba, São Paulo. Editora Foco, 2021.

BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo**: A Transformação das pessoas em mercadorias .Ed. Jorge Zahar Editor, 2007.

BENJAMIN, Antônio Herman; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BERTOLDI, C. **Consumidor seguidor**: Um estudo sobre a publicidade no site da rede social Instagram. Porto Alegre: UFRGS, 2014.

BIOLCATI, Fernando Henrique De O. **Internet, Fake News e Responsabilidade Civil das Redes Sociais**. Coleção Direito Civil Avançado. Grupo Almedina: Portugal. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm> . Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõem da Prevenção e do Tratamento do Superendividamento. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/direito-facil/edicao-semanal/superendividamento>>. Acesso em: 15 nov 2022.

DANTAS, Melina Simardel. Desafio contemporâneos da informação: influenciadores digitais como objetos de investigação. 2018. **Dissertação (Mestrado)** – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufscar.br/handle/ufscar/10499>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno do Greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. 2018.

FILOMENTO, José Geraldo Brito. **Manual de direitos do consumidor**. 9. ed. São Paulo: Atlas. 2007.

KHOURI, Paulo R. Roque A. **Direito do Consumidor na Sociedade da Informação**. Grupo Almedina: Portugal. 2022.

LIPOVETSKY, Gilles, 1944- **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. tradução Maria Lúcia Machado. São Paulo: Companhia das Letras. 2007.

MARTINS, Mafalda S. M. C. O. **A Entrada nas Redes Sociais e o seu Efeito**: o caso da Huawei Portugal, Dissertação de Mestrado em Marketing. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Portugal. 2015.

OLIVEIRA, Andressa Jarletti Gonçalves de; XAVIER, Luciana Pedroso. **Repensando o direito do consumidor III**: 25 anos do CDC: conquistas e desafios. Curitiba: OABPR. 2015.

PASQUALOTTO, Adalberto *et al.* **O direito na contemporaneidade**: estudos em homenagem ao ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior / Plínio Melgaré (organizador). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2014.

PAULA, Marcos Ferreira D. **Sobre a felicidade**. Grupo Autêntica. 2014.

PINHO, José Benedito. **Comunicação em marketing**: princípios da comunicação mercadológica. Editora Papirus. 2001.

RAIS, Diogo; BARBOSA, Nathalia Sartarello. O reflexo da sociedade do hiperconsumo no Instagram e a responsabilidade civil dos influenciadores. **Revista Direitos Culturais**, Santo Ângelo, v. 13, n. 30, maio-ago. 2018.

SATO, Silvio Koiti. **Abrindo a embalagem na rede**: reflexões sobre consumo e cultura digital a partir dos unboxing videos. In: Congresso Internacional em Comunicação e Consumo, 2016, São Paulo. Anais eletrônicos. São Paulo: COMUNICON, 2016.

SEBASTIÃO, S. **Formatos da publicidade digital: sistematização e desambiguação. Comunicação e Sociedade**. v. 19. 2011. Disponível em: <<https://revistacomsoc.pt/index.php/revistacomsoc/article/view/1583>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SILVA, Carlos Mendes Monteiro de; BRITO, Dante Ponte de. “Há responsabilização dos influenciadores digitais pela veiculação de publicidade ilícita nas redes sociais?”. **Revista de Direito do Consumidor**. vol. 133/2021. p. 205 - 221. Jan - Fev. 2021.

SILVA, Maria Beatriz Oliveira da. **Obsolescência programada e teoria do decrescimento versus direito ao desenvolvimento e ao consumo sustentáveis**. 2012.

SPERANZA, Henrique de Campos Gurgel. **Publicidade enganosa e abusiva**. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XV, p. 104, set 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11909>. Acesso em: 14 nov. 2022.

ZALUAR, Jorge. **Sociedade de consumo**. Rio de Janeiro: Livia Barbosa. 2004.

A PUBLICIDADE NAS REDES SOCIAIS E O DIREITO DE INFORMAÇÃO DO CONSUMIDOR

ADVERTISING ON SOCIAL NETWORKS AND THE RIGHT TO CONSUMER INFORMATION

Erica Balbinot¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O presente artigo visa analisar a publicidade nas redes sociais no que tange a não exposição dos preços nos produtos divulgados e o direito de informação positivado no Código de Defesa do Consumidor (CDC). Justifica-se a importância do estudo, tendo em vista o aumento exponencial nas compras eletrônicas e a utilização das redes sociais como canal de publicidade e realização de vendas. Nesse contexto indaga-se: a não exposição dos preços dos produtos nas redes sociais viola o direito de informação positivado no Código de Defesa do Consumidor? Tal prática revela-se publicidade subliminar? Objetiva-se compreender o comércio eletrônico, mormente pelas redes sociais, e a vulnerabilidade do consumidor nesse meio virtual. Ainda, analisar as normas que regulam a publicidade, para verificar sua efetividade na proteção do consumidor.

PALAVRAS-CHAVES: direito do consumidor; *e-commerce*; redes sociais; direito à informação; publicidade;

ABSTRACT

This article aims to analyze advertising on social networks regarding the non-exposure of prices in the products disclosed and the right of information positive in the Consumer Protection Code (CDC). The importance of the study is justified, in view of the exponential increase in electronic purchases and the use of social networks as an advertising channel and sales. In this context, the non-exposure of product prices on social networks violates the right of positive information in the Consumer Protection Code? Does such a practice reveal subliminal advertising? The objective is to understand e-commerce, including social networks, and consumer vulnerability in this virtual environment. Also, analyze the rules that regulate advertising, to verify its effectiveness in consumer protection.

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito, da Escola de Ciências Jurídicas, da Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Integrante 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”. E-mail: ericabalbinot58@gmail.com.

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestra em Direito pela UNISINOS. Professora Titular II da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: nadyatonial@gmail.com.

KEYWORDS: consumer law; e-commerce; social networks; right to information; advertising.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar a publicidade nas redes sociais, visto que houve um aumento exponencial nas relações de consumo firmadas pelo ambiente virtual, e o direito de informação positivado no Código de Defesa do Consumidor.

Justifica-se a importância do tema, tendo em vista o aumento exponencial nas compras eletrônicas e a utilização das redes sociais como canal de publicidade e realização de vendas, também, tendo em vista que se trata de uma modalidade de compras diferente, onde o consumidor não sabe quais informações devem estar disponíveis, assim adentra-se com o direito à informação do fornecedor para o consumidor.

Com isso, o problema a investigar assenta-se no seguinte questionamento: a não exposição dos preços dos produtos nas redes sociais viola o direito de informação positivado no Código de Defesa do Consumidor? Tal prática revela-se publicidade subliminar? Para responder a problemática jurídica, adotou-se o método hermenêutico, sendo a técnica de pesquisa eleita a bibliográfica.

À vista disso, objetiva-se compreender, no presente estudo, o comércio eletrônico, mormente pelas redes sociais, e a vulnerabilidade do consumidor nesse meio virtual. Ainda, analisar as normas que regulam a publicidade, para verificar sua efetividade na proteção do consumidor.

1.COMÉRCIO ELETRÔNICO

A Sociedade de Consumo é tratada de diversas maneiras por diferentes autores, a mais comum em muitos deles é a expressão “*Cultura de Consumo*”³. Ainda, o atual contexto social pode ser entendido como modernidade líquida, em que existe “uma espécie de passagem de uma cultura - caracterizada pela transmutação da sociedade analógica à sociedade digital - que até então era ‘material’, para um novo paradigma tecnológico virtual”⁴.

De tal modo, visando instigar o consumo, a evolução tecnológica contribuiu com o surgimento do *e-commerce*, que “é uma modalidade de compra e venda efetuada à distância, caracterizada

³ “Usar a expressão “cultura de consumo” significa enfatizar que o mundo das mercadorias e seus princípios de estruturação são centrais para a compreensão da sociedade contemporânea.” FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. Tradução de Julio Assis Simões. Livros Studio Nobel Ltda, 1995. p. 121.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. p. 20.

através da compra de produtos ou serviços por meio de equipamentos eletrônicos que transmitem e recebem informações”⁵ em especial, nas redes sociais.

Da mesma forma, o "comércio eletrônico é uma forma de realizar transações de bens, serviços e informações pela internet utilizando dispositivos eletrônicos sem mediação física entre os participantes do negócio.”⁶ Com isso, o comércio eletrônico é “um sistema comercial montado por uma empresa a fim de atender seus clientes por meio de redes de computadores.”⁷.

De acordo com Scherkerkewitz⁸, o comércio eletrônico pode ser dividido em: indireto, em que se comercializam bens tangíveis mediante a remessa física ao destinatário consumidor; e direto, em que não há entrega física de produto ou prestação presencial de serviço. Neste tipo de comércio, o produto ou serviço é carregado para o computador ou dispositivo móvel do usuário, uma vez que se trata de bens imateriais digitais.

Surge, assim, a oportunidade de o consumidor realizar compras através das redes sociais, ou seja, para o fornecedor “trata-se de uma modalidade extremamente vantajosa: sem custos de estrutura física, climatização, energia, mão de obra etc.”⁹.

Para que o consumidor obtenha a proteção necessária ao realizar compras *on-line* existe o Decreto nº 7.962/2013. Nesse diploma legal existem diversos comportamentos, entre eles, alguns dos considerados mais importantes são as informações que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem

⁵ LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 91.

⁶ FERGO, Mario. **eCommerce: comércio eletrônico**. E-book. 2021. p. 5. Disponível em < https://www.amazon.com.br/eCommerce-com%C3%A9rcio-eletr%C3%B4nico-Mario-Fergo-ebook/dp/B08X2X5WVP/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85C5%BD%C3%95%C3%91&keywords=.+eCommerce%3A+com%C3%A9rcio+eletr%C3%B4nico&qid=1668034581&qu=eyJxc2MiOilwLjc2liwicXNhIjoIMC4wMCIsInFzcCI6IjAuMDAifQ%3D%3D&sr=8-1 >. Acesso em 09 nov. 2022.

⁷ MARQUES, Castro. **Fundamentos do E-commerce: saiba os conceitos básicos e como dominar esse universo**. E-book. 2020. p. 1. Disponível em < https://www.amazon.com.br/Fundamentos-commerce-conceitos-b%C3%A1sicos-universo-ebook/dp/B08B2N26Q7/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85C5%BD%C3%95%C3%91&crd=3M98BW29F3KHV&keywords=Fundamentos+do+E-commerce%3A+saiba+os+conceitos+b%C3%A1sicos+e+como+dominar+esse+universo&qid=1668034677&qu=eyJxc2MiOilwLjAwLn0%3D&srefix=fundamentos+do+e-commerce+saiba+os+conceitos+b%C3%A1sicos+e+como+dominar+esse+universo%2Caps%2C558&sr=8-1 >. Acesso em 09 nov. 2022.

⁸ SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. Direito e Internet. Revista dos Tribunais, 2014. p. 58

⁹ LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. COMÉRCIO ELETRÔNICO: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 255 - 270 | Jan - Fev / 2015 Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 10/2015 | Nov / 2015. p. 256.

disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização”¹⁰, sobre as compras coletivas¹¹, e sobre o atendimento ao consumidor que realiza compras no e-commerce¹², tratando-se, principalmente, das informações pertinentes que devem estar expostas de maneira amplamente visível.

Percebe-se que, o direito à informação está positivada, mas nem sempre as empresas usufruidoras do comércio virtual respeitam e cumprem o mesmo. Além de estar disciplinado no Decreto nº 7.962/2013, o direito à informação, também, está previsto no Código de Defesa do Consumidor (CDC) nos artigos 4º¹³, 6º¹⁴ e 31º¹⁵. Assim, “o direito à informação, no âmbito

¹⁰ “Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.”. BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >. Acesso em 26 out. 2022.

¹¹ “Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.”. BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >. Acesso em 26 out. 2022.

¹² “Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos; II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso V, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.” BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >. Acesso em 26 out. 2022.

¹³ “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: [...] IV - educação e informação de fornecedores e consumidores, quanto aos seus direitos e deveres, com vistas à melhoria do 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 25 out. 2022.

¹⁴ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem.”. 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 25 out. 2022.

¹⁵ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores.”. 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 25 out. 2022.

exclusivo do direito do consumidor, é direito à prestação positiva oponível a todo aquele que fornece produtos e serviços no mercado de consumo.”¹⁶.

Do mesmo modo, “o direito à informação do consumidor, [...] é, por sua natureza, multifacetado. Isto porque, seu conteúdo e eficácia apresentam-se de diferentes modos, conforme a situação de fato ou de direito sob enfoque.”¹⁷.

Na mesma linha, verifica-se que o direito à informação é um direito fundamental. Deste modo, percebe-se que “[...] o direito à informação, inserem-se nos direitos fundamentais de terceira geração e somente foram concebidos tais nas últimas décadas do século XX.”¹⁸.

Logo, “lutar pela qualidade do relacionamento humano, no que ele implica de respeito pela dignidade do Homem e pelo seu poder de autodeterminação, e no que ele significa de uma solidária e responsável participação na vida em comunidade.”¹⁹.

Após a ampla divulgação do *e-commerce*, algumas das plataformas de redes sociais, tais como, *Instagram* e *Facebook*, abriram espaço para os comerciantes oferecerem seus produtos. As “redes sociais virtuais, trata-se de uma representação, um perfil, que o usuário acessa por meio de uma identificação pessoal e uma senha, disponibilizando as informações capazes de individualizá-lo.”²⁰. Assim, destaca Raquel Recuero que,

“uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos; os nós da rede) e suas conexões (interações ou laços sociais). Uma rede, assim, é uma metáfora para observar os padrões de conexão ou grupo social, a partir das conexões estabelecidas entre os diversos atores. A abordagem de rede tem, assim, seu foco na estrutura social, onde não é possível isolar os atores sociais e suas conexões.”²¹

O Instagram é usado por pessoas de diversas idades visando o uso dos meios de comunicação disponibilizados, *“this site has over 150 million active users [...] This is a perfect*

¹⁶ LÔBO, Paulo. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 37/2001 | p. 59 - 76 | Jan - Mar / 2001. p. 60.

¹⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. - 6. ed. rev., atual. e ampl.- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 210. Para mais esclarecimentos ver: STJ, REsp 586.316/MG, 2T.,j. 17.04.2007, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 19.03.2009. Disponível em <
<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=683195&tipo=0&nreg=200301612085&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090319&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 25 out. 2022.

¹⁸ LÔBO, Paulo. A informação como direito fundamental do consumidor. Revista de Direito do Consumidor | vol. 37/2001 | p. 59 - 76 | Jan - Mar / 2001. p. 61.

¹⁹ Cf. Actas do Congresso Internacional sobre "Comunicação e Defesa do Consumidor", cit., p. 492.

²⁰ MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 78/2011 | p. 191 - 220 | Abr - Jun / 2011. p. 196.

²¹ RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet**. Porto Alegre: Sulina, 2009. p. 24.

option for all those businesses that rely heavily on visual media like fashion businesses, food, design, and travel and so on."²².

O Facebook, em 2016, era considerado a plataforma mais popular, oportuniza a publicidade paga ou gratuita, e *"It also provides you with the option of creating pages dedicated solely to your business and this can help you engage your potential customers. Facebook ads work according [...] specific audiences."*²³.

Portanto, quando o usuário se cadastra nas redes sociais fica exposto às divulgações de marcas, produtos e serviços. O usuário escolhe páginas para seguir, ou seja, vira seguidor de certa marca e dos influenciadores da mesma. Deste modo, Verbicaro e Rodrigues alertam que "os indivíduos, ávidos para atender aos padrões impostos e melhorar cada vez mais sua imagem, compram fórmulas para saber o modelo ideal de ser, de se comportar e de viver, terceirizando suas escolhas"²⁴.

Com o uso amplamente difundido das redes sociais, as empresas migram para o novo público alvo, o que torna o consumidor sujeito a publicidade de produtos ou serviços prestados pelo fornecedor no âmbito virtual.

1. PUBLICIDADE

A definição de publicidade não é facilmente determinada, pois, são diversas as definições apropriadas. Para o Comitê de Definições da *American Association of Advertising Agencies* (AAAA) "publicidade é qualquer forma paga de apresentação impessoal e promoção tanto de ideias, como de bens ou serviços, por um patrocinador identificado"²⁵.

²² KENNEDY, Grant. **Social Media: Master Social Media Marketing - Facebook, Twitter, YouTube & Instagram**. E-book. 2016. p. 13. Disponível em < <http://library.lol/main/096af58d5b01108e85250eff82c6ef59> >. Acesso em 10 nov. 2022. Tradução livre das autoras: "este site tem mais de 150 milhões de usuários ativos [...] Esta é uma opção perfeita para todas as empresas que dependem fortemente de mídia visual, como empresas de moda, comida, design e viagens e assim por diante."

²³ KENNEDY, Grant. **Social Media: Master Social Media Marketing - Facebook, Twitter, YouTube & Instagram**. E-book. 2016. p. 12. Disponível em < <http://library.lol/main/096af58d5b01108e85250eff82c6ef59> >. Acesso em 10 nov. 2022. Tradução livre das autoras: "Ele também oferece a opção de criar páginas dedicadas exclusivamente ao seu negócio e isso pode ajudá-lo a envolver seus clientes em potencial. Os anúncios do Facebook funcionam de acordo com [...] públicos específicos."

²⁴ VERBICARO, Dennis; SILVA, Camille Barroso. **O assédio de consumo no âmbito da publicidade infantil**. Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), ISSN 2318-573, v. 5, n. 2, 2017. Disponível em < https://www.researchgate.net/profile/Dennis-Verbicaro/publication/322571640_O_ASSEDIO_DE_CONSUMO_NO_AMBITO_DA_PUBLICIDADE_INFANTIL/links/5a6a6f25458515b2d0532b91/O-ASSEDIO-DE-CONSUMO-NO-AMBITO-DA-PUBLICIDADE-INFANTIL.pdf >. Acesso em 09 nov. 2022.

²⁵ American Association of Advertising Agencies. Disponível em < <https://www.adweek.com/glossary/> >. Acesso em 10 nov. 2022.

No âmbito do direito do consumidor, a publicidade é “a que se realiza com o fim de estimular e influenciar o público em relação à aquisição de determinados produtos ou serviços, o que em geral enseja que seja feita dentro do mercado de consumo”²⁶.

Assim, “a publicidade tem um objetivo comercial [...] além de paga, identifica seu patrocinador, o que nem sempre ocorre com a propaganda”²⁷. Ou seja, “a publicidade é técnica de estimulação do consumo, sendo sua importância tão grande que fez surgir a necessidade de que fosse regrada pelo Direito.”²⁸.

Da mesma forma, Benjamin, Bessa e Marques informam que “dois elementos são essenciais em qualquer publicidade: difusão e informação”²⁹, em que: a difusão seria os meios pelo qual será divulgada; e a informação é o conteúdo que, obrigatoriamente, estará presente na publicidade.

Destaca-se que são proibidas as modalidades de publicidade enganosa³⁰ (art. 37, §1º CDC) e publicidade abusiva³¹ (art. 37, §2º CDC). A publicidade enganosa se caracteriza como “a sua capacidade de induzir em erro o consumidor a respeito de qualquer dado do produto ou serviço”³².

Já, a publicidade abusiva “trata-se, portanto, de rol exemplificativo, [...] este tipo de mensagem ilícita é caracterizado por trazer informações que ferem valores da coletividade.”³³.

²⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 265.

²⁷ BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. - 3. ed. - São Paulo: RT, 2010. p. 215.

²⁸ FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis; NETO, Fernando Sacco. **Manual de Direito do Consumidor**. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 111. Disponível em <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745039/mod_resource/content/1/Direito_do_Consumidor.pdf>. Acesso em 12 nov. 2022.

²⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. - 4. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 242.

³⁰ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. § 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.” 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 14 nov. 2022.

³¹ “Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. [...] § 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, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.” 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em 14 nov. 2022.

³² FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008. p. 117.

³³ BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. - 2. ed. - São Paulo: Saraiva, 2014. p. 559.

Ainda, ressalta-se que a publicidade é regida pelos princípios: da identificação obrigatória da mensagem como publicitária; da vinculação da oferta; e da transparência. O primeiro princípio, o princípio da identificação obrigatória da mensagem como publicitária, está prevista no artigo 36³⁴ CDC, baseia sua origem no entendimento de que “é necessário tornar o consumidor consciente de que ele é o destinatário de uma mensagem patrocinada por um fornecedor, no intuito de vender-lhe algum produto ou serviço.”³⁵.

O segundo princípio, da vinculação da oferta, prescrito no artigo 30³⁶ CDC, ou seja, estabelece “direitos e obrigações decorrentes da publicidade veiculada.”³⁷.

Por último, o princípio da transparência, positivado no parágrafo único do art. 36³⁸ CDC, informa que “toda e qualquer publicidade deva ser clara, não pode utilizar de subterfúgios, nem tampouco deixar qualquer tipo de margem que possa originar alguma dúvida no entendimento do consumidor.”³⁹.

Assim, verifica-se que, a publicidade é realizada de maneiras diversas, mas sempre deverá estar explícita para que o consumidor consiga identificá-la, bem como deverá seguir as normas estabelecidas no CDC.

2. PUBLICIDADE SUBLIMINAR NAS REDES SOCIAIS: A NÃO EXPOSIÇÃO DOS PREÇOS

Com a adesão das empresas para o comércio eletrônico, o ponto alto de vendas passou a ser as plataformas do *Instagram* e *Facebook*. Destaca Pilleggi que “as mídias sociais ajudam a fortalecer a marca e divulgá-la” (2002). Porém, alguns fornecedores se utilizam da tática de postar a foto de um produto, sem deixar clara a intenção de venda, mas sem indicar a descrição

³⁴ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal.” 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁵ MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. - 4.^a edição revista, atualizada e ampliada. – São Paulo: Revista dos Tribunais 2013. p. 854.

³⁶ “Art. 30. Toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado.” 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁷ DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Crítérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. Faculdade de direito da USP. São Paulo, 2010. p. 73.

³⁸ “Art. 36. A publicidade deve ser veiculada de tal forma que o consumidor, fácil e imediatamente, a identifique como tal. Parágrafo único. O fornecedor, na publicidade de seus produtos ou serviços, manterá, em seu poder, para informação dos legítimos interessados, os dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem.” 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 15 nov. 2022.

³⁹ NORAT, Markus Samuel Leite. **Manual de direito do consumidor**. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015. p. 242.

do preço do mesmo, muitas vezes, usando expressões como “preço via direct” ou “informações no inbox”.

Assim, fazem surgir o desejo pelo produto no consumidor, revelando que aquele objeto é tendência de moda, mas não cumprem as regras da publicidade previstas no CDC, quanto à informação e à transparência.

Essa conduta de não deixar explícita a publicidade, é considerada publicidade subliminar, a qual é “uma forma de publicidade que não permite que a mensagem que está sendo transmitida seja captada pelo consciente do ser humano”⁴⁰, assim, a pessoa não consegue identificar apenas olhando que se trata de uma publicidade, apenas inconscientemente será capaz de identificar a publicidade.

Publicidades subliminares, também, é definida como “publicidades dirigidas ao subconsciente do consumidor ou aquelas sob a forma de patrocínio indireto de serviço ou produto, como entrevistas e artigos, em jornais e/ou revistas.”⁴¹

O fornecedor quando vincula a publicidade com o produto possui o dever de informar, com clareza, precisão e fácil constatação, ao consumidor sobre o preço dos produtos ou serviços fornecidos mesmo que a loja esteja no âmbito virtual.⁴²

Ademais, no artigo 31⁴³ do CDC, existe um rol taxativo de quais informações devem estar presentes nas publicidades realizadas pelo fornecedor e deixa-se uma abertura para outras informações também necessárias. Pois, “é inadmissível que o consumidor seja surpreendido por incongruências acerca de tais informações após a celebração do contrato eletrônico com o fornecedor”⁴⁴.

⁴⁰ NORAT, Markus Samuel Leite. Manual de direito do consumidor. Leme/SP: CL EDIJUR, 2015. p. 234.

⁴¹ FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis; NETO, Fernando Sacco. Manual de Direito do Consumidor. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p. 112. Disponível em < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745039/mod_resource/content/1/Direito_do_Consumidor.pdf. >. Acesso em 16 nov. 2022.

⁴² BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

⁴³ “Art. 31. A oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores. Parágrafo único. As informações de que trata este artigo, nos produtos refrigerados oferecidos ao consumidor, serão gravadas de forma indelével.” 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 16 nov. 2022.

⁴⁴ OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. p. 354.

Por conseguinte no artigo 39⁴⁵ do CDC, estão expostas práticas consideradas abusivas, as quais são aplicadas não importando qual o meio o consumidor realiza as compras. Destarte, “o chamado ‘preço por inbox’ possibilita um comportamento discriminatório e prática abusiva pelo fornecedor: a fixação de preços diferentes por um mesmo serviço ou produto, segundo o perfil do consumidor interessado.”⁴⁶. Nem toda a diferenciação de preço é considerada prática abusiva, tendo em vista que, é possível haver uma precificação distinta por se tratar de uma época do ano em que aquele produto ou serviço seja mais concorrido⁴⁷.

As práticas abusivas podem ocorrer em três formas: pré-contratual, contratual e pós-contratual. As pré-contratuais “surtem antes de firmar-se o contrato de consumo, como aquelas que compõem a oferta ou a ação do fornecedor que pretende vincular o consumidor”⁴⁸, por exemplo, a venda casada⁴⁹. A contratual, ocorre quando está “ligada ao conteúdo expresso ou implícito das cláusulas estabelecidas no contrato de consumo”⁵⁰, por exemplo, quando o fornecedor não estipula prazo para o cumprimento da obrigação. A pós-contratual, “surge como ato do fornecedor por conta de um contrato de consumo preexistente”⁵¹, por exemplo, quando o consumidor é negativado pelo fornecedor.

Assim, o “preço por inbox” é considerado prática abusiva. Contudo, “o corriqueiro ‘valor inbox’ é ainda utilizado por muitos fornecedores como uma estratégia de marketing.”⁵² Ou seja,

a resposta do fornecedor “por inbox” ao comentário deixado pelo consumidor em sua oferta de produto ou serviço o leva a sair da “vitrine” e “adentrar” a loja virtual, altera sua

⁴⁵ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:” 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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 16 nov. 2022.

⁴⁶ OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. p. 354 – 355.

⁴⁷ OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

⁴⁸ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 598.

⁴⁹ “Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: I - condicionar o fornecimento de produto ou de serviço ao fornecimento de outro produto ou serviço, bem como, sem justa causa, a limites quantitativos;” 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. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 16 nov. 2022.

⁵⁰ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 598.

⁵¹ NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor**. – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012. p. 598.

⁵² OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. p. 357.

condição de window-shopper (em livre tradução, o cliente da vitrine) para potencial-buyer (o comprador em potencial)⁵³.

Portanto, o “preço por inbox” ou o “preço via direct” configuram práticas abusivas, as quais violam o direito dos consumidores. O consumidor, com sua vulnerabilidade já expressa no CDC, no comércio eletrônico, passa a ter uma vulnerabilidade agravada, pois, “os consumidores, por questões computacionais, de opacidade algorítmica e de segredo comercial e industrial, encontram-se demasiadamente vulneráveis.”⁵⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o avanço da sociedade de consumo, o comércio eletrônico tornou-se parte importante das relações consumeristas. Consequentemente, houve a edição do Decreto 7.962/2013, que representa um meio efetivo de proteção ao consumidor.

A publicidade é um meio de difusão e informação de produtos ou serviços ofertados pelo fornecedor. Como resultado, é regulada pelo CDC, mas somente a legislação não é eficaz, é necessário que tenha a fiscalização pelos órgãos competentes para que os fornecedores não abusem e façam o desserviço ao consumidor de não serem transparentes e corretos na relação de consumo.

Logo, as redes sociais transformaram a maneira como a publicidade é realizada. Imprescindível, porém, que a publicidade subliminar imposta pelos fornecedores aos consumidores, seja considerada prática abusiva.

Portanto, vê-se que a forma como os fornecedores utilizam as redes sociais, sem a fiscalização ativa dos órgãos responsáveis faz com que se propaguem as violações ao direito dos consumidores nas relações de consumo virtuais.

Ainda, necessária a educação para o consumo, para que os consumidores saibam de seus direitos e deveres perante a exposição dos fornecedores com as publicidades vinculativas. Somente com a cooperação de todos será possível alcançar a efetivação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de comércio eletrônico e a não exposição do consumidor às práticas abusivas que o fornecedor impõe nas compras virtuais.

⁵³ OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. p. 358.

⁵⁴ OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória**. Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022. p. 357.

REFERÊNCIAS

American Association of Advertising Agencies. Disponível em < <https://www.adweek.com/glossary/> >. Acesso em 10 nov. 2022.

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Tradução de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2013.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de direito do consumidor**. – 4. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

BENJAMIN, Antonio Herman. V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. – 3. ed. – São Paulo: RT, 2010. p. 215.

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. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm >. Acesso em 25 out. 2022.

_____. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >. Acesso em 26 out. 2022.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.

DIAS, Lucia Ancona Lopez de Magalhães. **Critérios para avaliação da ilicitude na publicidade**. Faculdade de direito da USP. São Paulo, 2010.

FEATHERSTONE, Mike. **Cultura de Consumo e Pós-Modernismo**. Tradução de Julio Assis Simões. Livros Studio Nobel Ltda, 1995. Disponível em: < <https://ia802205.us.archive.org/2/items/FEATHERSTONEMike.CulturaDoConsumoEPosModernismo/FEATHERSTONE%2C%20Mike.%20Cultura%20do%20Consumo%20e%20P%C3%B3s-Modernismo.pdf> >. Acesso em 09 nov. 2022.

FERGO, Mario. **eCommerce: comércio eletrônico**. E-book. 2021. Disponível em < https://www.amazon.com.br/eCommerce-com%C3%A9rcio-eletr%C3%B4nico-Mario-Fergo-ebook/dp/B08X2X5WVP/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&keywords=.%eCommerce%3A+com%C3%A9rcio+eletr%C3%B4nico&qid=1668034581& >

qu=eyJxc2MiOilwLjc2liwicXNhIjoiMC4wMCIslInFzcCI6IjAuMDAifQ%3D%3D&sr=8-1 >. Acesso em 09 nov. 2022.

FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

FINKELSTEIN, Maria Eugenia Reis; NETO, Fernando Sacco. **Manual de Direito do Consumidor**. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1745039/mod_resource/content/1/Direito_do_Consumidor.pdf . Acesso em 12 nov. 2022.

KENNEDY. Grant. **Social Media: Master Social Media Marketing - Facebook, Twitter, YouTube & Instagram**. E-book. 2016. Disponível em < <http://library.lol/main/096af58d5b01108e85250eff82c6ef59> >. Acesso em 10 nov. 2022.

LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. **COMÉRCIO ELETRÔNICO: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 255 - 270 | Jan - Fev / 2015 Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 10/2015 | Nov / 2015.

LÔBO, Paulo. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 37/2001 | p. 59 - 76 | Jan - Mar / 2001.

LORENZETTI, Ricardo. **Comércio Eletrônico**. Tradução de Fabiano Menke. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, Castro. **Fundamentos do E-commerce: saiba os conceitos básicos e como dominar esse universo**. E-book. 2020. Disponível em < https://www.amazon.com.br/Fundamentos-commerce-conceitos-b%C3%A1sicos-universoebook/dp/B08B2N26Q7/ref=sr_1_1?__mk_pt_BR=%C3%85M%C3%85%C5%BD%C3%95%C3%91&crid=3M98BW29F3KHV&keywords=Fundamentos+do+Ecommerce%3A+saiba+os+conceitos+b%C3%A1sicos+e+como+dominar+esse+universo&qid=1668034677&qu=eyJxc2MiOilwLjc2liwicXNhIjoiMC4wNyIsInFzYSI6IjAuMDAiLCJxc3AiOilwLjAwIn0%3D&srefix=fundamentos+do+ecommerce+saiba+os+conceitos+b%C3%A1sicos+e+como+dominar+esse+universo%2Caps%2C558&sr=8-1 >. Acesso em 09 nov. 2022.

MARQUES, Claudia Lima; BENJAMIN, Antonio Herman V; MIRAGEM, Bruno. **Comentários ao Código de Defesa do Consumidor**. - 4.^a edição revista, atualizada e ampliada. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MARTINS, Guilherme Magalhães; LONGHI, João Victor Rozatti. **A tutela do consumidor nas redes sociais virtuais: responsabilidade civil por acidentes de consumo na sociedade da informação.** Revista de Direito do Consumidor | vol. 78/2011 | p. 191 - 220 | Abr - Jun / 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor.** - 6. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Manual de direito do consumidor.** Leme/SP: CL EDIJUR, 2015.

NUNES, Luis Antonio Rizzatto. **Curso de direito do consumidor.** – 7. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVA, Milena Donato; COUTINHO, Luiza Leite Cabral Loureiro. **A prática abusiva do “preço por inbox” e a responsabilidade civil do fornecedor por precificação discriminatória.** Revista de Direito do Consumidor. vol. 143. ano 31. p. 349-372. São Paulo: Ed. RT, set./out. 2022.

PILLEGGI, Marcus. **As vantagens do uso de redes sociais nas empresas.** Disponível em < <http://www.revistapegn.globo.com>. >. Acesso em 12 out. 2022.

RECUERO, Raquel. **Redes sociais na Internet.** Porto Alegre: Sulina, 2009.

SCHERKERKEWITZ, Iso Chaitz. **Direito e Internet.** Revista dos Tribunais, 2014.

VERBICARO, Dennis; SILVA, Camille Barroso. **O assédio de consumo no âmbito da publicidade infantil.** Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas (UNIFAFIBE), ISSN 2318-573, v. 5, n. 2, 2017. Disponível em < https://www.researchgate.net/profile/Dennis-Verbicaro/publication/322571640_O_ASSEDIO_DE_CONSUMO_NO_AMBITO_DA_PUBLICIDADE_INFANTIL/links/5a6a6f25458515b2d0532b91/O-ASSEDIO-DE-CONSUMO-NO-AMBITO-DA-PUBLICIDADE-INFANTIL.pdf >. Acesso em 09 nov. 2022.

A SOCIEDADE DE CONSUMO E A BUSCA DA FELICIDADE NO ATO DE CONSUMIR

THE CONSUMER SOCIETY AND THE PURSUIT OF HAPPINESS IN THE ACT OF CONSUMING

Ana Clara Cestonaro¹

Ana Paula Benelli Ravanello²

Laís Regina Casagrande³

RESUMO

O presente artigo busca analisar a vulnerabilidade dos consumidores pelo excesso de consumo, potencializado pela sensação de uma realização momentânea, compreendendo a sociedade de consumo e a relação de consumo, bem como a proteção do consumidor. Para tanto, analisa-se a vulnerabilidade como fundamento do Código de Defesa do Consumidor, para regulação das relações entre os desiguais: o fornecedor e o consumidor. Objetiva-se assimilar a sociedade de consumo e suas práticas, compreender a proteção do consumidor, analisar a sua vulnerabilidade e a educação para o consumo. Como conclusão visualizou-se a clara tentativa do Código de Defesa do Consumidor em proteger a parte vulnerável, porém com algumas omissões em relação ao comércio eletrônico, principalmente quando tratada a quantidade de publicidades disponibilizadas nessas plataformas.

PALAVRAS-CHAVE: Sociedade de Consumo. Vulnerabilidade. Realização Momentânea. Proteção do Consumidor.

ABSTRACT

This article seeks to analyze the vulnerability of consumers due to overconsumption, enhanced by the feeling of momentary realization, comprising the consumer society and the consumer relationship, as well as consumer protection. Therefore, vulnerability is analyzed as the basis of the Consumer Protection Code, for regulating the relations between the unequal: the supplier and the consumer. The objective is to assimilate the consumer society and its practices,

¹ Acadêmica do nível II, da Faculdade de Direito, da Escola de Ciências Jurídicas, da Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Integrante 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”. Endereço de e-mail: 193482@upf.br.

² Acadêmica do nível VI, da Faculdade de Direito, da Escola de Ciências Jurídicas, da Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Integrante 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”. Endereço de e-mail: 186289@upf.br.

³ Acadêmica do nível II, da Faculdade de Direito, da Escola de Ciências Jurídicas, da Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Integrante 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”. Endereço de e-mail: 192413@upf.br.

understand the protection of the consumer, analyze its vulnerability and education for consumption. In conclusion, the clear attempt of the Consumer Protection Code to protect the vulnerable part was seen, but with some obscurities in relation to e-commerce, especially when addressing the amount of advertisements available on these platforms.

KEYWORDS: Consumer Society. Vulnerability. Momentary Realization. Consumer Protection.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a vulnerabilidade dos consumidores perante o excesso de consumo, potencializado por uma sensação de realização momentânea. A importância do tema é justificada em razão da vulnerabilidade do consumidor frente às práticas publicitárias para despertar desejos infindáveis e também pela rápida necessidade de substituição dos bens, despertada pelos fornecedores na sociedade de consumo.

Nesse sentido, questiona-se: o consumo realizado para satisfazer as necessidades ou desejos, cria uma sensação de felicidade efêmera, e com isso expõe à vulnerabilidade do consumidor? Buscando responder à pergunta, foi utilizado no artigo o método de abordagem hermenêutico, utilizando-se a técnica de pesquisa bibliográfica, com utilização de doutrina clássica e moderna sobre o assunto.

Para esse propósito, objetiva-se assimilar a sociedade de consumo e suas práticas, compreender a proteção do consumidor proposta pelo Código de Defesa do Consumidor e analisar a sua vulnerabilidade e a educação para o consumo.

1. A SOCIEDADE DE CONSUMO

A sociedade de consumo, não é um problema que vem sendo enfrentado apenas no século XXI, ela começou a tomar forma após a Segunda Guerra Mundial, quando os mercados nacionais começaram a ganhar espaço na sociedade, criando uma nova era de consumo, com um aumento na produção e novidades no mercado de consumo baseado na economia fordista.

Segundo Lipovetsky a ideia de sociedade de consumo surgiu nos anos 1920 e ganhou grande força em 1950, sendo ela ainda muito presente na atualidade. Porém, pela sua grande

força, em 1970 teve uma nova denominação o “hiperconsumismo”, em decorrência do consumo em excesso em produtos não essenciais.⁴

Nessa linha, o marketing tomou forma, influenciando os consumidores a terem o desejo de compra, para adquirir uma sensação de bem estar, por meio da criação de uma necessidade sobre um produto, que por conta da publicidade tornou-o essencial e de interesse. Isso, desencadeou a sensação de aceitação na sociedade, tendo influência cultural, social, pessoal e psicológica⁵.

O que antes era comprado por necessidade agora é adquirido pela satisfação que é desencadeada ou pelo prazer de ir às compras. Desse modo,

enquanto o consumir se refere à atividade de adquirir produtos essenciais à satisfação das necessidades pessoais do homem – valor relevante a ser considerado na sobrevivência do mundo contemporâneo -, o hiperconsumir implica o excesso, o consumo que extrapola o razoável, indo muito além da satisfação pessoal, abraçando situações que levam o homem a aquisição do supérfluo, do desnecessário, influenciado pela propaganda, pelo marketing, na maioria das vezes, e na busca de garantir “um ter” e “um estar” na sociedade. ⁶

Pode-se notar que, todas as classes sociais mergulharam no mundo do consumo, com o desejo do novo, as paixões e satisfações, gerando a moda consumada. Desenhando o perfil da sociedade que está ligada, “manipulando e quadriculando a vida individual e social; se tornando artificial e ilusão a serviço do lucro capitalista.”⁷

A renovação acelerada ou precipitada dos produtos, com micro diferenças, para manter a empresa no mercado e não enfraquecer, desperta o desejo de substituição pelo produto novo e melhorado, em que muitas das vezes, algumas das melhorias são uma ilusão criada pelas propagandas. A produção em massa expõe os produtos com alguns defeitos programados, para que, mesmo que o consumidor não queira trocar, terá a necessidade de fazê-lo. ⁸

Mesmo que o consumo seja adotado como uma cultura, ele representa algo individual, desencadeando a troca de grupos de convivência frequente, pertencendo sempre a aquele grupo

⁴ BÔAS, Regina Vera Villas; SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos. **A felicidade em consumir, o hiperconsumo e os direitos humanos e fundamentais.** Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2014/publicacoes/livro5/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20e%20Leyde%20Aparecida%20Rodrigues%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 15 nov.2022. p. 5.

⁵ SILVA, Cândido Francisco Duarte dos Santos e; FRANCO, Renata Guimarães. **Sociedade de Consumo: A vulnerabilidade potencializada pela sensação de felicidade efêmera.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f84d465177e84bb4>>. Acesso em: 10 out. 2022. p. 7.

⁶ BÔAS, Regina Vera Villas; SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos. **A felicidade em consumir, o hiperconsumo e os direitos humanos e fundamentais.** p. 5.

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas.** 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 182.

⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas.** p. 188.

que apresenta interesses parecidos com os seus desejos, deixando de ser algo definitivo ou que apresente um laço maior de convivência.⁹

Assim, “a satisfação causada pelo consumo é puramente impulsiva. Não diz realmente da satisfação do desejo”. O desejo é alimentado e logo satisfeito pelo impulso, tendo a satisfação momentânea pelo produto, pois não alimentado o suficiente para que esta satisfação possa permanecer por mais tempo.¹⁰

A sedução pelo produto é muito influenciada pelo design do mesmo, ele desperta o interesse por ser atraente para os olhos do consumidor. Atualmente, esta forma de sedução apresenta-se como um dos focos principais das empresas, por meio dela que os consumidores despertam seu desejo sem terem a necessidade de aquisição do produto.¹¹

Lipovetsky, denominou o consumo por coisas supérfluas, como “economia frívola”, pelo fato de apenas ser trocada a embalagem do produto. O desejo por ele renasce em muitos consumidores, gerado pela sedução causada pelo olhar, pela imagem do produto. Ele destaca a ideia de que “jamais se consome um objeto por ele mesmo ou por seu valor de uso, mas em razão de seu “valor de troca de signo”, isto é, em razão do prestígio, do status, da posição social que confere”.¹²

O marketing é a forma de manipular o psicológico do consumidor, gerando a necessidade do novo e pela ideia de que, meu amigo tem mas eu não, desencadeando um sentimento de exclusão da forma que para se sentir aceito deve adquirir o produto.¹³

Aquilo que era visto como consumo, se tornou consumismo, pela ideia de que as necessidades da população sustentavam a economia, veio a ser substituída pelo desejo dos mesmos e não mais suas necessidades de fato.¹⁴

Por tanto Lipovetsky, traz a questão de que os consumidores estão se tornando imprevisíveis, selecionando mais suas escolhas por questões de qualidade de vida e saúde, tornando o consumo algo um pouco mais individual, deixando de lado o olhar para os grupos,

⁹ SOARES, Patrícia. **Sociedade de consumo: a busca pela felicidade**. Disponível em: <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4284/Patr%C3%ADcia%20Soares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 nov. 2022. p.12.

¹⁰ SOARES, Patrícia. **Sociedade de consumo: a busca pela felicidade**. p.13.

¹¹ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas**. p. 190.

¹² LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero: A moda e seu destino nas sociedades modernas**. p. 199.

¹³ SILVA, Cândido Francisco Duarte dos Santos e; FRANCO, Renata Guimarães. **Sociedade de Consumo: A vulnerabilidade potencializada pela sensação de felicidade efêmera**. p. 9.

¹⁴ BASSI, Maria Carolina Poholink Cabral; LOPES, Claudia Cristina. A sociedade do consumo e suas consequências socioambientais. **Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC**, 2016-2017. Disponível em: <<https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic>>. Acesso em 17 nov. 2022. p. 11.

levando em consideração um olhar mais voltado para si, deixando de lado a posição social e adquirindo uma conquista privada.¹⁵

E sua visão, também, apresenta o consumo emocional que

aparece como forma dominante quando o ato de compra, deixando de ser comandado pela preocupação conformista com o outro, passa para uma lógica desinstitucionalizada e intimizada, centrada na busca das sensações e do maior bem-estar subjetivo.¹⁶

O mundo do consumo é baseado na ideia de que quanto mais se tem, mais se deseja ter, aumentando gradativamente o consumo em massa, que por vez é estimulado pelos meios de comunicação e mídias, com a divulgação de publicidades das marcas, que sempre estão estudando a sociedade para poder entender os desejos em comum e criar uma campanha que seduza os olhos de todos.¹⁷

Junto a isto, a publicidade deve trazer o inesperado, uma corrida entre as marcas para despertar a atenção, interesse e a memória dos consumidores para o produto que está sendo apresentado, persuadindo o consumidor através da credibilidade das mensagens. “Da mesma maneira que a moda individualiza a aparência dos seres, a publicidade tem por ambição personalizar a marca”¹⁸.

Segundo Lipovetsky “a sedução funciona cada vez menos pela solicitude, pela atenção calorosa, pela gratificação, e cada vez mais pelo lúdico, pela teatralidade hollywoodiana, pela gratuidade superlativa.” Assim, a publicidade é uma das grandes responsáveis por lançar a moda, de forma que “a moda é o feérico das aparências, a publicidade é o feérico da comunicação”¹⁹

Entretanto, na atualidade a felicidade em consumir é deduzida pelas estratégias das propagandas, com imagens que transmitam a felicidade que o produto proporciona para o consumidor, incentivando o consumismo através da felicidade e da realização ao adquirir e utilizar o produto.²⁰

Desse modo, trazendo à tona a ideia de Lipovetsky, que diferencia as formas de felicidade ao consumir, percebe-se que, de um lado tem-se a felicidade e satisfação ao adquirir o que é

¹⁵ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007. p. 41- 42.

¹⁶ LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. p. 46.

¹⁷ BASSI, Maria Carolina Pohlinsk Cabral; LOPES, Claudia Cristina. **A sociedade do consumo e suas consequências socioambientais**. p. 12.

¹⁸ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: A moda e seu destino nas sociedades modernas. p. 215 - 217.

¹⁹ LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: A moda e seu destino nas sociedades modernas. p. 219.

²⁰ BÔAS, Regina Vera Villas; SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos. **A felicidade em consumir, o hiperconsumo e os direitos humanos e fundamentais**. p.12.

desejado, já de outro a felicidade se dá apenas no ato do consumo, cingindo-se a felicidade ao ato de consumir e não na atualização do produto, o que influencia muito mais ao hiperconsumo.²¹

Portanto, a sociedade de consumo se dá por grande influência da publicidade e pela sociedade em que convive, sempre despertando o desejo em consumir para ser feliz e satisfazer uma necessidade criada pela mídia, através de um produto supérfluo, com um design atraente capaz de seduzir os olhos do consumidor. Isso, desencadeia o consumo em massa para sustentar o mundo capitalista, que promove marcas e estilos de vida.

2. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Nos termos do inciso XXXII, do artigo 5º, da Constituição Federal, o Código de Defesa do Consumidor visa regular as relações de consumo e proteger o elo mais fraco desta relação, o consumidor. A estruturação do diploma consumerista leva em conta uma principiologia que busca a proteção do consumidor.

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei de função social, este enquadramento se deve às consequências modificadoras nas relações jurídicas, que introduzem um novo rol de direitos e constituem valores fundamentais no ordenamento jurídico.²² Neste sentido,

[...] ao dispor que suas normas se dirigem à proteção prioritária de um grupo social, os consumidores, e que constituem em normas de ordem pública, inafastáveis, portanto pela vontade individual. São normas de interesse social, pois as leis de ordem pública são aquelas que interessam mais diretamente à sociedade que aos particulares.²³

Presente em seu quarto artigo, está a Política Nacional de Relações de Consumo, que traz os princípios, sejam eles constitucionais ou presentes no Código, que devem ser respeitados e assegurados aos consumidores, servindo como norte para a aplicação e interpretação desta lei.

O artigo 4º do CDC é importante “[...] justamente porque resume todos os direitos do consumidor e sua principiologia em um só artigo valorativo e que traz os objetivos do CDC”.²⁴ Este artigo tem como objetivo “[...] respeitar e assegurar aos consumidores: dignidade; saúde e

²¹ BÔAS, Regina Vera Villas; SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos. **A felicidade em consumir, o hiperconsumo e os direitos humanos e fundamentais**. p.12.

²² BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

²³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008. p. 53.

²⁴ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 54.

segurança; proteção de seus interesses econômicos; melhoria da sua qualidade de vida; transparência e harmonizadas relações de consumo”. Entre os princípios estabelecidos pelo artigo 4º, destacam-se os constitucionais, são eles: (a) o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, (b) o Princípio da Liberdade, (c) o Princípio da Isonomia e (d) o Princípio da Publicidade.²⁵

Ainda, com relação aos princípios específicos aplicáveis ao direitos do consumidor, verificam-se: (a) o Princípio da Vulnerabilidade do Consumidor, trazido no inciso I do artigo 4º, que é considerado o pilar básico da defesa do consumidor pois, o tratamento de desigualdade é necessário para que alcancemos a igualdade real, “[...] todos são iguais perante a lei, entendendo-se daí que devem os desiguais ser tratados desigualmente na exata medida de sua desigualdade”, (b) o Princípio da Boa-Fé, previsto no caput do artigo 4º, utilizado para a segurança das relações, que devem envolver a honestidade, a sinceridade e a seriedade, sem outros objetivos além do fornecimento do produto ou serviço e (c) o Princípio da Equidade, que busca o equilíbrios entre os direitos e os deveres das partes, sempre tentando alcançar uma justiça contratual.²⁶

Com isso, a vulnerabilidade traz a necessidade de proteção especial, que foi concretizada através de uma lista de direitos básicos do consumidor, prescritos no artigo 6º, pretendendo a preservação do consumidor nas relações jurídicas.²⁷

O rol dos direitos básicos inicia com o mais fundamental, o direito à vida, indicado no inciso I do artigo 6º, lembrando que deve ser respeitada a integridade física e moral dos consumidores nas relações individuais, mas também como coletividade. Considera-se um direito indisponível, “[...] cuja proteção e garantia terá preferência com relação aos demais direitos em hipótese de colisão”.²⁸

Correlacionado com este direito, temos o da saúde e segurança, também dispostos pelo inciso I, o direito à saúde diz respeito às condições do oferecimento do produto ou serviço, que devem ser adequadas para a utilização mantendo a integridade do consumidor, enquanto a de segurança está vinculada a proteção contra os riscos que são dispostos pelo mercado de consumo, protegendo tanto o próprio consumidor, quanto o seu patrimônio.²⁹

²⁵ JR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020. p. 23.

²⁶ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. p. 45.

²⁷ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 55.

²⁸ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. p. 189.

²⁹ MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. p. 189.

Já no inciso II, do artigo 6º do CDC, está prevista a liberdade de escolha do consumidor juntamente com a educação para o consumo, onde é assegurado ao consumidor “[...] receber educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos ou serviços colocados à sua disposição no mercado.”, tal educação pode ser dividida em duas categorias: a formal, que é disponibilizada nas escolas, introduzindo as crianças para a vida de consumo e a informal, que é relacionada aos fornecedores e a responsabilidade de apresentar as características dos produtos ou serviços que forem disponibilizados no mercado. Em relação a liberdade de escolha, é importante afirmar que tal direito é necessário não apenas em relação à quantidade, qualidade e preços de produtos que são ofertados aos consumidores, mas também para a possibilidade de escolher qual contrato faz mais sentido e é mais benéfico para o consumidor.³⁰

No inciso III está o direito à informação, que deve ser respeitado nos momentos pré-contratuais, nos próprios contratos e nos pós-contratuais, fornecendo informações de formas adequadas e compreensíveis para o polo vulnerável da relação, incluindo, em seu parágrafo único a informação para a pessoa com deficiência, no qual deve ser levada em consideração o disposto em regulamento específico. Neste mesmo sentido, podemos colocar o direito à transparência e a proteção contratual, impostos pelo inciso IV e V, em que é proibido o abuso nas propagandas bem como cláusulas exageradas, trazendo um amparo ao consumidor que tem sua vulnerabilidade fática reconhecida e trazendo o princípio da boa-fé aos contratos de consumo.³¹

O CDC também coloca como direito básico, no seu inciso VI do artigo 6º a prevenção de danos, ou seja, a redução ou eliminação de causas que possam gerar danos, tanto físicos quanto morais aos consumidores. No caso de ocorrência do dano, existe também o direito à efetiva reparação, seja o dano material, moral, individual, difuso ou até mesmo o coletivo, nesse sentido

O direito à efetiva reparação, neste particular, consagra o direito do consumidor o princípio da reparação integral dos danos. Ou seja, de que devem ser reparados todos os danos causados, sejam os prejuízos diretamente causados pelo fato, assim como aqueles que sejam sua consequência direta.³²

É assegurado também o acesso à justiça e aos órgãos administrativos (inciso VII), sempre visando a prevenção e reparação dos danos frente aos consumidores, principalmente quando tratamos daqueles que não têm condições para o acesso às informações necessárias de outras formas. Ainda nesse sentido da vulnerabilidade, existe a inversão do ônus da prova, onde,

³⁰ JR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. p. 48.

³¹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 56.

³² MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. p. 205.

diferentemente dos demais processos, será a favor do consumidor, para que haja a facilitação da defesa de seus direitos, dependendo apenas de duas hipóteses: a verossimilhança da sua alegação ou a sua hipossuficiência declarada, conforme o inciso VIII do artigo 6º.³³

No que tange ao inciso X, está expresso o direito à melhoria dos serviços públicos, expressando a necessidade de melhoria quanto aos serviços públicos, mas assegurando que os serviços prestados devem ser adequados e seguros.³⁴

Já os incisos XI, XII, e XIII foram criados a partir da Lei do Superendividamento, e trazem garantias referentes ao crédito responsável, a preservação do mínimo existencial e também o direito à educação financeira, além de informações acerca dos preços por unidade de medida dos produtos.

Levando em consideração os princípios e direitos mencionados, fica clara a vulnerabilidade do consumidor na relação de consumo e, como elo mais frágil desta relação, apresenta a necessidade de uma melhor educação – tanto financeira, quanto ambiental – para o consumo, assunto que será discutido no próximo tópico deste artigo.

3. A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR E A EDUCAÇÃO FINANCEIRA E AMBIENTAL PARA O CONSUMO

O consumo faz parte do cotidiano de todo ser humano, ele é realizado por meio de campanhas publicitárias transmitidas em diversos meios de comunicação como na televisão e na internet. Essas campanhas não apenas mostram o produto, mas também agregam valor, criando uma sensação de que possuir o produto ou serviço traz a felicidade, criando um desejo de consumo desnecessário. Quando as pessoas são convencidas a comprar, percebem, depois, que pagam por bens e serviços que talvez nem precisem.

O senso comum influencia nas compra e nos desejos. As escolhas são afetadas por vários fatores pessoais, dependendo do contexto social, relacionando até com o humor das pessoas e interfere na situação de escolha e compra.³⁵

O sistema jurídico brasileiro reconhece a vulnerabilidade como um princípio em que o consumidor é o polo mais fraco nas relações de consumo, independentemente da classe social a que pertence. Em muitas relações de consumo, o consumidor é exposto a muitos tipos de

³³ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 61.

³⁴ ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. p. 51.

³⁵ SOLOMON, Michael R. **O Comportamento do Consumidor**. 11ª edição. Grupo A, 2016. p.352.

vulnerabilidade, tendo que se submeter ao que é imposto pelos fornecedores, o que gera desequilíbrio entre as partes.³⁶

O reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo, (Artigo 4 do CDC), revela que o consumidor é vulnerável perante o fornecedor, e que suas escolhas não são livres, visto que direcionadas pelo fornecedor. O marketing realizado em cada empresa, é um processo social para chamar a atenção dos consumidores, por meio da criação de conteúdo. Muitos aspectos das compras dos consumidores, estão relacionados com fatores culturais, que influenciam na decisão de compra. O consumidor se depara com uma necessidade ou desejo, e desta forma gera a decisão da compra, muitas vezes o consumidor é atraído pelo produto, pelo valor a ele agregado, resultando no processo de interpretação e de estímulos à compra.³⁷

Os hipervulneráveis se encontram em uma posição de desigualdade, ainda, maior com o fornecedor. Em especial na condição em que se encontram ficam mais expostos às práticas comerciais abusivas. Com isso, o grupo de hipervulneráveis é composto e identificado por idosos, crianças, pessoas portadoras de necessidades especiais, deficientes mentais, analfabetos e semianalfabetos, enfermos, pessoas sensíveis ao consumo e a certos produtos. Desta forma, é caracterizado por pessoas que se revelem mais fracas em razão de suas condições sendo elas físicas ou psíquicas. Verifica-se, nesse sentido que,

outra forma de enganar é estabelecendo informações falsas ou distorcidas sobre o produto ou o serviço em si. Essa publicidade será enganosa quando se puder compará-la ao produto ou serviço real, concreto, da forma como ele se apresenta, para que serve, como é utilizado etc., e na comparação se puder identificar divergência que haja sido capaz de fazer com que o consumidor tenha adquirido o produto ou o serviço. Dizendo de outro modo: a publicidade será enganosa se o consumidor pudesse não ter adquirido o produto ou o serviço se este tivesse sido anunciado corretamente.³⁸

A falta de educação financeira, pode comprometer muito na vida do consumidor, principalmente no aspecto do endividamento. A necessidade de se proteger financeiramente é uma alternativa que faz com que o consumidor sofra menos com os previstos e imprevistos fenômenos da economia, haja vista que cada vez mais, o consumidor vem sofrendo assédio do mercado de bens e serviços. A educação financeira é um processo no qual as pessoas melhoram sua compreensão de conceitos relacionados ao dinheiro, de forma a desenvolver valores e competências que permitem ter mais consciência de oportunidades e riscos, para adotarem ações que melhorem seu bem-estar. Ainda, para controlar suas compras, a relação que possuem

³⁶ DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 18 nov. 2022. p.11.

³⁷ DEMO, Gisela. **Marketing de Relacionamento & Comportamento do Consumidor: Estado da Arte, Produção Nacional, Novas Medidas e Estudos Empíricos**. Grupo GEN, 2015. p. 360.

³⁸ Nunes, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 14ª edição. Editora Saraiva, 2021. p. 190.

com o dinheiro e a relação do endividamento deve ser observado com relevância. Assim, nota-se que a Lei nº 14.181 de 2021 surgiu como forma essencial para auxiliar a combater o endividamento da população brasileira.³⁹

Muitas vezes a procrastinação toma conta nas decisões. “Este é um comportamento psicológico que nos fornece segurança, pois optamos por aquilo que é familiar e evitamos mudanças que podem ser cansativas”. Quando falamos em consumo, existem muitas situações em que o consumidor permanece na mesma escolha, sem fazer mudanças, e isso pode prejudicar, o consumidor acaba optando pelo padrão, e que geralmente se torna mais caro.⁴⁰

Por fim, a preservação do meio ambiente é um direito social, fundamental, que importa na superação das relações meramente individuais. Seu objetivo é preservar a vida, a saúde, a segurança e a dignidade do consumidor. “A primeira ênfase está em “mudar comportamentos”, para estabelecer que cada indivíduo mude o seu comportamento, resultando em novas relações entre as pessoas e com o meio ambiente. Destaca-se que, a ideia de mudar comportamentos é um sinônimo de mudar a realidade coletiva.⁴¹

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nota-se que o consumidor se tornou um grande alvo para os objetivos do marketing, de modo que se torna manipulável e vulnerável perante as publicidades criadas para alcançar os objetivos de lucro das empresas, despertando uma ilusão de satisfação e prazer ao adquirir o produto, sustentando o consumo em massa e estimulando um estilo de vida.

A par disso, apresenta-se o CDC como um sistema protetivo do consumidor. Essa proteção é realçada pelos artigos 4º e 6º do diploma consumerista. Assim, o consumidor é considerado a parte mais vulnerável da relação, por ser influenciado por tantas propagandas e estratégias de marketing, muitas vezes para adquirir produtos desnecessários.

Desse modo, os consumidores criam desejos, que são despertados pelo mercado, fazendo o desuso com rapidez dos produtos, adquirindo um novo produto, e mantendo o ciclo do consumo, pois na sociedade atual o indivíduo passou a ser valorizado pelos bens que ele adquire.

³⁹ SILVA JUNIOR, Ilberto da. Educação financeira como forma de solucionar o superendividamento a longo prazo com substrato na Lei nº 14.181/21. **Revista Avant**, v. 6, n.1, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2022. p.16.

⁴⁰ Programa bem-estar financeiro, Módulo 05, **Comportamento de Consumo**, 2018, p.7. Disponível em: <<https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor>>. Acesso em: nov. 2022.

⁴¹ Loureiro, Carlos Frederico B. Sustentabilidade e educação: um olhar da ecologia política.v.39. (Coleção questões da nossa época). Disponível em: Minha Biblioteca, Cortez, 2012. p.79.

Portanto, necessárias políticas públicas de educação para o consumo, para que o consumidor tenha ciência de seus direitos. Ainda, de educação financeira para que possa ter uma boa relação com o dinheiro e não caia no superendividamento. Por fim, de educação ambiental para compreender a noção de sustentabilidade ambiental, como forma de respeito a atual e as futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. **A Proteção Jurídica do Consumidor**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2ª Edição. São Paulo: Editora Revista do Tribunais, 2008.

BASSI, Maria Carolina Poholink Cabral; LOPES, Claudia Cristina. A sociedade do consumo e suas consequências socioambientais. **Programa de Apoio à Iniciação Científica – PAIC**, 2016-2017. Disponível em: <<https://cadernopaic.fae.edu/cadernopaic>>. Acesso em 17 nov. 2022.

BÔAS, Regina Vera Villas; SANTOS, Leyde Aparecida Rodrigues dos. **A felicidade em consumir, o hiperconsumo e os direitos humanos e fundamentais**. Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi2014/publicacoes/livro5/Regina%20Vera%20Villas%20B%C3%B4as%20e%20Leyde%20Aparecida%20Rodrigues%20dos%20Santos.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 nov. 2022.

DEMO, Gisela. **Marketing de Relacionamento & Comportamento do Consumidor: Estado da Arte, Produção Nacional, Novas Medidas e Estudos Empíricos**. Grupo GEN, 2015.

DOBARRO, Sergio Leandro Carmo. **A vulnerabilidade do consumidor à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos>>. Acesso em: 18 nov. 2022

JR, Humberto Theodoro. **Direitos do Consumidor**. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2020.

LIPOVETSKY, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. Tradução Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

LIPOVETSKY, Gilles. **O império do efêmero**: A moda e seu destino nas sociedades modernas. 10ª reimpressão. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LOUREIRO, Carlos Frederico B. **Sustentabilidade e educação**: um olhar da ecologia política .v. 39. Cortez, 2012.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de Direito do Consumidor**. 4ª Edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**. 14ª edição. Editora Saraiva, 2021.

PROGRAMA BEM-ESTAR FINANCEIRO, Módulo 05, **Comportamento de Consumo**, 2018, p.7. Disponível em: <<https://www.investidor.gov.br/portaldoinvestidor>>. Acesso em: nov. 2022.

SILVA JUNIOR, Ilberto da. Educação financeira como forma de solucionar o superendividamento a longo prazo com substrato na Lei nº 14.181/21. **Revista Avant**, v. 6, n.1, 2022. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/>>. Acesso em: 10 nov. 2022

SILVA, Cândido Francisco Duarte dos Santos e; FRANCO, Renata Guimarães. **Sociedade de Consumo**: A vulnerabilidade potencializada pela sensação de felicidade efêmera. Disponível em?_<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=f84d465177e84bb4>>. Acesso em: 10 out. 2022.

SOARES, Patrícia. **Sociedade de consumo**: a busca pela felicidade. Disponível em <<https://bibliodigital.unijui.edu.br:8443/xmlui/bitstream/handle/123456789/4284/Patr%C3%ADcia%20Soares.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 15 nov. 2022.

SOLOMON, Michael R. **O Comportamento do Consumidor**. 11ª edição. Grupo A, 2016.

AS FERRAMENTAS ALTERNATIVAS À JUDICIALIZAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS ORIUNDOS DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Marieli Machado¹

RESUMO

O consumismo está enraizado na sociedade moderna. Consequentemente, os conflitos consumeristas aumentaram, exigindo maior atenção ao Direito do Consumidor. Por essa razão, é imperioso o uso de fontes alternativas para a resolução dos conflitos, sendo necessário o manejo eficaz de tais ferramentas. O artigo objetiva analisar as principais formas de resolução de conflitos alternativos à via judicial, identificando sua eficácia e limitações. Portanto, conceituou-se o direito do consumidor, analisando a legislação vigente e o avanço do ramo. Feito isso, analisou-se a proposta de atuação do PROCON digital, do projeto Solução Direta do TJ/RS, a conciliação, mediação e arbitragem. Restou nítido que os meios alternativos à judicialização das relações de consumo são essenciais na sociedade, considerando que o consumo não irá reduzir, ou seja, os conflitos tendem a permanecer. Assim, frear o avanço da judicialização é fundamental para que o direito do consumidor não contribua ao colapso judicial.

PALAVRAS-CHAVE: judicialização; conciliação; mediação; direito do consumidor.

ABSTRACT

Consumerism is present in modern society. Consequently, consumerist conflicts have increased, demanding greater attention to Consumer Law. For this reason, the use of alternative sources for conflict resolution is imperative, requiring the effective handling of such tools. The article aims to analyze the main forms of conflict resolution alternative to the judicial route, identifying its effectiveness and limitations. Therefore, the consumer's right was conceptualized, analyzing the current legislation and the advancement of the branch. After that, the proposed action of digital PROCON, the Projeto Solução Direta TJ/RS, conciliation, mediation and arbitration were analyzed. It remained clear that alternative means to the judicialization of consumer relations are essential in society, considering that consumption will not reduce, that is, conflicts tend to remain. Thus, curbing the advance of judicialization is essential so that consumer rights do not contribute to judicial collapse.

¹ Bacharel em ciências jurídicas pela Universidade de Passo Fundo. Pós-graduada em Ciências Criminais pelo CERS. E-mail: marieli.m@icloud.com

KEYWORDS: judicialization; conciliation; mediation; consumer right.

INTRODUÇÃO

O Direito do Consumidor no Brasil surgiu com o advento da industrialização, por volta das décadas de sessenta e setenta. Atualmente, há previsão constitucional acerca da defesa do consumidor, estando expresso na Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso XXXII, que o Estado é responsável por esta área de atuação.

Com isso, no ordenamento jurídico brasileiro, criou-se o Código de Defesa do Consumidor, disciplinado na Lei nº 8.078 do ano de 1990. O referido diploma legal traz preceitos como políticas e princípios básicos das relações de consumo, os direitos básicos do consumidor, assim como diferencia os níveis de responsabilidade dentro da relação consumerista e os meios através dos quais o consumidor pode valer-se para assegurar seus direitos.

A citada política das relações de consumo tem como intuito proteger o consumidor, garantindo sua segurança, saúde, assim como o respeito e melhoria da sua qualidade de vida, de modo que o próprio Código de Defesa do Consumidor cria ferramentas através das quais o Estado garantirá sua execução.

Dentre tais ferramentas, está previsto na legislação a “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural” e a “instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento”. Logo, note-se que a necessidade de meios alternativos de resolução de conflitos já foram previstos pelo legislador lá na década de noventa, quando a lei passou a vigorar.

É nítido que, com o passar de mais de trinta anos, essa necessidade é ainda mais atual e imperiosa, haja vista que as relações de consumo avançaram e se estenderam para todas as esferas sociais, em virtude do acesso ao consumo, do hiperconsumismo, dentre outros fatores, de modo que o presente trabalho objetiva conceituar as principais ferramentas alternativas à judicialização, bem como identificar sua eficácia dentro do direito do consumidor.

A elaboração do material se deu através de pesquisa bibliográfica e de levantamento de dados, valendo-se de artigos, publicações em periódicos, bem como o próprio portal online do TJ/RS e PROCON. Os dados obtidos foram analisados identificando pontos de adversidade e eventuais benefícios decorrentes do uso de ferramentas extrajudiciais de solução de conflitos, ressaltando sua aplicabilidade ao direito do consumidor.

O presente estudo se propôs a, além de conceituar e analisar as características de tais ferramentas, facilidades e dificuldades de utilização, problematizar, em uma esfera jurídica e

acadêmica, a importância da adesão e da expansão de mecanismos alternativos à via judicial, considerando o abarrotamento do Poder Judiciário e o constante crescimento do número de demandas.

1.0 DIREITO DO CONSUMIDOR

As relações de consumo são oriundas das próprias relações sociais, na medida em que o convívio em sociedade proporciona ao homem a oferta de produtos e serviços tendo, como contrapartida, alguma espécie de remuneração em espécie ou contraprestação de interesse próprio. Segundo Alcará (2015):

As relações de consumo comuns a todos os seres humanos apresentam-se como habitual na sociedade contemporânea, indiferentemente à classe social a que pertença o consumidor, destinando-se a atender as necessidades básicas – quando da obtenção de produtos indispensáveis à sobrevivência – ou mesmo para a aquisição e consumo de objetos que lhes satisfaçam os desejos.

Deste modo, observe-se que, segundo o autor, na sociedade atual as relações de consumo são nutridas não somente pelas necessidades básicas do homem - saúde, higiene, vestuário - como também, pelos seus anseios e desejos mais íntimos, independente da classe social a que pertença e de suas condições econômicas.

Todavia, se engana quem pensa que as relações do consumo existem e são objeto de regulamentação somente na sociedade moderna, tendo em vista que na época do direito romano já havia notícia acerca de tais regulamentações, segundo PRUX (1998, p. 79):

No período romano, de forma indireta, diversas leis também atingiram o consumidor, tais como: a Lei Sempcônia de 123 a.C., encarregando o Estado da distribuição de cereais abaixo do preço de mercado; a Lei Clódia do ano 58 a.C., reservando o benefício de tal distribuição aos indigentes e; a Lei Aureliana, do ano 270 da nossa era, determinando fosse feita a distribuição do pão diretamente pelo Estado. Eram leis ditadas pela intervenção do Estado no mercado ante as dificuldades de abastecimento havidas nessa época em Roma.

Assim, observe-se que já no período romano o Estado era compelido a intervir, visando a divisão justa e igualitária de insumos, objetivando, com isso, que não houvesse prevalência de uns sobre os outros. Logo, é possível vislumbrar que o direito do consumidor, desde sempre, foi impulsionado pelo senso de justiça social e proteção dos hipossuficientes.

Retratando outro período da história, ALMEIDA (1982, p. 19) afirma em sua lição que no direito português, o direito do consumidor também ganhou espaço há centenas de anos atrás, na medida em que o legislador incluía, inclusive na seara da legislação penal, práticas de consumo como práticas criminosas, veja-se:

Os códigos penais de 1852 e o vigente de 1886, reprimindo certas práticas comerciais desonestas, protegiam indiretamente interesses dos comerciantes: sob o

título genérico de crimes contra a saúde pública, punem-se certos actos de venda de substâncias venenosas e abortivas (art. 248º) e fabrico e venda de gêneros alimentícios nocivos à saúde pública (art. 251º); consideram-se criminosas certas fraudes nas vendas (engano sobre a natureza e sobre a quantidade das coisas –art. 456.

Deste modo, é possível notar que a legislação da época, no direito português, não só intervinha nas relações de consumo, como identificava alguns comportamentos como tão nocivos a ponto de merecerem a penalização da conduta através do direito penal, sancionando aqueles que adotavam tais práticas.

Alcará (2015) afirma que a partir de 1970 o direito do consumidor ganhou palco global, sendo objeto de legislações próprias em diversos países do mundo, sendo que o autor aponta ainda que “o crescimento populacional impulsionou o consumo, consequentemente, aumentou a oferta de produtos e serviços para atender a demanda”, fazendo uma referência clara ao surgimento de escalas produtivas em série, cada vez mais difundidas na sociedade moderna através das novas tecnologias e avanços nos meios de comunicação.

Nesse cenário, apesar do Estado ter um papel de intervenção mínima, é nítido que houve uma necessidade de intervenção, oriunda da intensidade com que as relações de consumo tomaram a sociedade, tornando-se parte da obrigação estatal de regulamentação, proteção e intervenção. Alcará (2015) explica:

O Estado passou a intervir com intensidade nas relações particulares, buscando atender e dar suporte as relações sociais, econômicas e jurídicas, que evoluíram a partir do incremento das relações de consumo. Diversos direitos subjetivos foram reconhecidos, como, por exemplo, os direitos dos trabalhadores, dos consumidores, dos idosos, entre outros, editando-se normas em benefício das referidas categorias, protegendo-as e cumprindo a Constituição Federal.

Destarte, a Constituição Federal de 1988 passou a lecionar sobre o direito do consumidor, trazendo entre os direitos e garantias fundamentais do indivíduo, previstas no art. 5º, a determinação de que “o Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor” (BRASIL, 1988). Portanto, ao mesmo tempo em que a legislação pátria ofereceu garantia acerca da proteção da relação de consumo, asseverou a necessidade de que tais prerrogativas se dessem, na forma de lei própria.

A partir dessa necessidade, surgiu o Código de Defesa do Consumidor atualmente vigente no Brasil. Criado e regulamentado a partir da Lei n.º 8.078 de 1990, o Código de Defesa do Consumidor contém todos os ditames de proteção e defesa do consumidor, de ordem pública e de interesse social, na forma da legislação constitucional.

Ademais, é por intermédio desse diploma legal que se tem disciplina da Política Nacional das Relações de Consumo, cartilha que tem como escopo atender “as necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida” (BRASIL, 1990).

Ainda, segundo a lei, a mencionada política zela pela transparência e harmonia das relações de consumo, norteadas por princípios estabelecidos no mesmo diploma legal.

2.0 CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E AS VIAS ALTERNATIVAS DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS

O Código de Defesa do Consumidor brasileiro, em seu art. 5º reafirma que para a execução da Política Nacional das Relações de Consumo, o Poder Público valer-se-á de algumas ferramentas, sendo que, entre elas, são citadas a criação de Juizados Especiais de Pequenas Causas e Varas Especializadas para a solução de litígios de consumo e a instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa natural.

Não obstante isso, o artigo cita ainda a necessidade de instituição de núcleos de conciliação e mediação de conflitos oriundos de superendividamento. Logo, é nítido que a legislação consumerista está alicerçada em muitos pilares, sendo a conciliação e a resolução pacífica de conflitos, alguns deles.

A criação dos juizados especiais, mencionada pela legislação, se deu anos depois, através da promulgação da Lei n.º 9.099 de 1995. Os juizados instaurados pela nova lei, tem como objetivo absorver grande parte das demandas consumeristas, uma vez que abrangem causas no valor de até 40 (quarenta) salários-mínimos, norteadas pelo princípio da conciliação.

Além das varas judiciais especializadas no processamento e julgamento de tais casos, o PROCON possui um papel cada vez mais efetivo na esfera extrajudicial, servindo como o primeiro recurso ao qual o consumidor se dirige visando assegurar os seus direitos. Segundo Britto e Santos (2009, p. 292):

O papel dos PROCONS extrapola a esfera da necessidade de justificação dos direitos da categoria de consumidores, seja ela analisada individualmente ou coletivamente. Representa a superação da declaração dos direitos dessa natureza, inaugurando uma nova fase, na qual os esforços convergem para torná-los efetivos. Assim, os órgãos de defesa e proteção do consumidor foram criados para que a tarefa do Estado de proteger ativamente o consumidor, fiscalizando as relações de consumo e solucionando os conflitos individuais, fosse realizada por meio do Poder Executivo. A promoção da defesa do consumidor como forma de facilitação do acesso à justiça pelos mesmos, pauta toda a atividade dos órgãos administrativos de defesa do consumidor.

Nesse âmbito, o papel do PROCON, segundo os autores, é a promoção ativa da defesa do consumidor, pacificando os conflitos individuais, além de servir como instrumento facilitador do acesso à justiça, uma vez que, ainda que seja um órgão de atuação extrajudicial, possui meios de assegurar o cumprimento da legislação consumerista.

Ainda segundo a lição de Britto e Santos (2009, p. 293), os PROCONs precedem o Código de Defesa do Consumidor, todavia, foi somente “a partir do advento do CDC que ganharam autonomia para realizar a tutela dos interesses coletivos e difusos dos consumidores a partir dos poderes que foram delegados”, isto é, foi o CDC que deu força a esses órgãos para fiscalizar e punir violações identificadas dentro das relações de consumo.

Note-se que, tanto o PROCON, quanto os juizados especiais, são apenas exemplos práticos da efetivação do que o Código de Defesa do Consumidor preconiza, tendo em conta que o diploma legal não delimitou somente a esses dois mecanismos o exercício dos atos necessários à defesa do consumidor.

3.MATERIAIS E MÉTODOS

De acordo com Duarte (2009, p. 12), a metodologia compõe a estrutura do trabalho acadêmico, considerando que a coleta de dados e informações são o centro de qualquer estudo científico. Ademais, para o desenvolvimento qualificado dessa etapa, organização e clareza teórica acerca dos caminhos a seguir são fundamentais e ainda, o manejo dos instrumentos necessários.

Lakatos e Marconi (2006) reportam ainda que a pesquisa pode ser definida como “um procedimento formal, com métodos de pensamento reflexivo, que requer um tratamento científico e se constitui no caminho para se conhecer a realidade ou para descobrir verdades parciais”.

Gil (2007), por sua vez, aponta que pesquisa consiste em um procedimento teórico, sistemático e racional com o intuito de obter respostas aos problemas propostos. A pesquisa é composta por várias fases, partindo da elaboração do problema até a obtenção e discussão de resultados.

Com base nas classificações de Duarte (2009, p. 47 – 56), o presente estudo foi elaborado norteado por um procedimento de pesquisa bibliográfica, com abordagem qualitativa e exploratória. O método deu-se visando o conhecimento específico de cada ferramenta alternativa à judicialização de conflitos, em uma investigação que visou elucidar os aspectos mais relevantes da relação entre tais ferramentas e o direito do consumidor.

Para conclusão da pesquisa e realização do objetivo proposto, realizou-se revisão bibliográfica a fim de analisar a aplicação dessas ferramentas na resolução de conflitos e sua eficácia, facilidades de acesso encontradas e desafios a serem superados para difundir ainda mais o seu uso.

4.RESULTADOS E DISCUSSÕES

O Código de Processo Civil brasileiro, determina em seu art. 3º que “a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo” (BRASIL, 2015). De acordo com a pesquisa de Colmon, (2007, p. 144), conciliação pode ser definida como:

Mecanismo de obtenção da autocomposição que, em geral, é desenvolvido pelo próprio juiz ou por pessoa que faz parte ou é fiscalizado ou orientado pela estrutura judicial; e que tem como método a participação mais efetiva desse terceiro na proposta de solução, tendo por escopo a só solução do conflito que lhe é concretamente apresentado nas petições das partes.

A conciliação, portanto, nada mais é do que a intervenção de terceiro na resolução de um litígio, sendo que o interveniente é responsável por auxiliar os envolvidos na contenda a encontrar propostas alternativas para solucionar a pendência que os une. Segundo se depreende da lição de Calmon, a conciliação se encontra adstrita exclusivamente ao objeto da disputa, não podendo serem discutidos outros fatos.

Apesar de estarem fortemente atrelados, a conciliação e a mediação consistem em dois institutos distintos, regidos por procedimentos igualmente diversos. A mediação segundo WARAT (2004, p. 67) a mediação é:

A inscrição do amor no conflito. Uma forma de realização da autonomia. Uma possibilidade de crescimento interior através dos conflitos. Um modo de transformação dos conflitos a partir das próprias identidades. Uma prática dos conflitos sustentada pela compaixão e pela sensibilidade. Um paradigma cultural e um paradigma específico do Direito. Um modo particular de terapia. Uma nova visão da cidadania, dos direitos humanos e da democracia.

Em termos mais práticos e objetivos, Sales (2004) entende a mediação como um mecanismo por intermédio do qual se busca retomar os laços entre os envolvidos, facilitando assim a comunicação entre ambos e possibilitando a resolução de conflitos. Afora isso, as formas de obter um entendimento partem dos envolvidos, isto é, as partes fazem as propostas, ao passo que o mediador tão somente facilita o diálogo e a compreensão. Prates (2000) opina que:

Uma das grandes vantagens da Mediação é que ela pode evitar um longo e desgastante processo judicial, pois a mesma se dá antes das partes se definirem por uma briga nos tribunais, resolvendo suas diferenças extrajudicialmente, levando ao judiciário apenas aquelas questões que não podem ser resolvidas de outra forma. Exemplos práticos: conflitos de vizinhança, separação, divórcio, conflitos trabalhistas, etc.

Note-se que, para Prates, a mediação, muitas vezes, funciona apenas como um instrumento pré-judicialização, ou seja, é uma ferramenta que pode não ser resolutiva e nem produzir uma decisão que promova o deslinde da contenda de forma plenamente satisfatória, gerando, assim, a necessidade do socorro judicial.

Por outro lado, a Lei da Mediação (Lei n.º 13.140 de 2015) delimita que “considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido

ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia”.

Ainda, conforme a lei da mediação, é possível que essa ferramenta seja utilizada para resolver todo o conflito ou parte dele, desde que tenha por objeto direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam transação, sendo que, havendo entendimento entre as partes, é obrigatória a homologação judicial para validar a decisão. (BRASIL, 2015).

Deste modo, vislumbra-se que, apesar de o conflito ser debatido e resolvido fora da esfera judicial, a mediação possui dependência com o Poder Judiciário, considerando que a homologação judicial é determinante para a validade do acordo entabulado entre as partes. Não obstante, o fato de admitir transação parcial pode limitar a eficácia da mediação, visto que não afasta integralmente a judicialização.

Ainda, segundo o Código de Processo Civil brasileiro, “os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados” (BRASIL, 2015).

Por conseguinte, tanto para atuar na conciliação, quanto na mediação, é imperioso o cadastro nos tribunais pertinentes, a fim de identificar a especialidade da área de atuação, assim como a capacidade do indivíduo para intermediar de forma adequada a resolução de conflitos.

A necessidade de cadastro nacional e inscrição prévia, podem ser óbices para a adesão à mediação e à conciliação, uma vez que tais profissionais podem não estar disponíveis em todas as localidades, ou ainda, diante da escassez de profissionais habilitados, é possível que não se tenha tanta disponibilidade de agenda, fator que tornaria moroso o acesso ao procedimento.

Outro mecanismo popular no âmbito jurídico é o instituto denominado de arbitragem. A Lei 9.307 de 1996 foi responsável por instituir a arbitragem no Brasil, asseverando que “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis” (BRASIL, 1996). Prates (2000) assevera que:

A Arbitragem é uma forma de resolução de conflitos na área privada, ou seja, sem qualquer ingerência do poder Estatal, em que as partes litigantes (que tem um litígio a ser resolvido), de comum acordo e no pleno e livre exercício da vontade, escolhem uma ou mais pessoas, denominadas árbitros ou juízes arbitrais, estranhas ao conflito, para resolver a sua questão, submetendo-se à decisão final dada pelo árbitro, em caráter definitivo, uma vez que não cabe recurso neste novo sistema de resolução de conflitos. Na arbitragem, a função do árbitro nomeado será a de conduzir um processo arbitral, semelhantemente ao processo judicial. Porém, será muito mais rápido, informal, de baixo custo e a decisão será dada por pessoa especialista na matéria, objeto da controvérsia, diferentemente do Poder Judiciário em que o juiz, na maioria das vezes, para bem instruir seu convencimento quanto à decisão final a ser prolatada, necessita do auxílio de peritos, especialistas na

matéria, sendo que na Arbitragem poder-se-á escolher diretamente estes especialistas que terão a função de julgador.

Deste modo, o autor estabelece que, em relação ao Poder Judiciário, a arbitragem se mostra uma ferramenta mais econômica e célere, sem prejuízo de uma apuração qualificada dos fatos, considerando que, na sua perspectiva, o árbitro deve ser alguém com conhecimento específico na matéria discutida, além de haver a possibilidade de ser auxiliado por peritos e especialistas para auxiliar na formação do convencimento.

Todavia, há de se observar que a Lei da arbitragem estabelece que o árbitro pode ser qualquer pessoa civilmente capaz e que detenha a confiança das partes, conforme o art. 13 da Lei, portanto, não será necessariamente um indivíduo com conhecimento técnico similar a de um magistrado do Poder Judiciário. Além da capacidade civil, o § 6º do citado artigo indica que “no desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição” (BRASIL, 1996).

Sendo assim, entende-se que a legislação ocupou-se de incumbir ao árbitro características subjetivas, que serão avaliadas de acordo com a perspectiva das partes envolvidas a partir da atuação prestada.

Por outro lado, consoante apontado por Prates (2000), a lei da arbitragem preconiza que as decisões proferidas pelo árbitro não estão sujeitas a recurso ou mesmo, a homologação perante o Poder Judiciário (BRASIL, 1996), o que, de fato, demonstra que a ferramenta é dotada de autonomia com relação à eficácia de seus julgados.

No mesmo contexto, o art. 31 da Lei 9.307/1996 estabelece que “a sentença arbitral produz, entre as partes e seus sucessores, os mesmos efeitos da sentença proferida pelos órgãos do Poder Judiciário e, sendo condenatória, constitui título executivo”. Deste modo, é possível apurar que, se comparado à conciliação e a mediação, a arbitragem é a ferramenta que possui maior independência.

Diz-se isso pois, conforme os ditames da lei citada, não é necessário o aval do Poder Judiciário para que a decisão arbitral possua eficácia, de modo que, para solucionar uma questão consumerista, as partes envolvidas poderiam eleger um árbitro e ter todo o deslinde do procedimento arbitral sem a necessidade de judicialização posterior, seja para recorrer da decisão, seja para validá-la por meio de homologação.

O PROCON digital, por sua vez, funciona através do acesso eletrônico ao domínio <https://proconrs.modria.com/> e, logo na tela inicial se encontra a mensagem "use este serviço para encontrar uma solução online para sua questão relacionada ao Código de Defesa do Consumidor", sendo assim, não resta dúvidas de que a ferramenta funciona exclusivamente para atendimento de demandas de consumo.

A plataforma informa ainda, na mensagem de boas-vindas, que a ferramenta possibilita o diálogo entre os envolvidos, visando a satisfação de expectativas e direitos. É dito ainda se tratar de um mecanismo de auxílio extrajudicial, de modo que, não havendo acordo entre as partes, há a possibilidade de busca do Poder Judiciário.

Para acessar o serviço do PROCON digital, é necessário que o indivíduo faça um cadastro simples, informando, inicialmente, nome, sobrenome e endereço de email. Segundo informado no portal, a grande diferença do PROCON digital para os serviços presenciais é que, na modalidade eletrônica, há somente o acompanhamento das demandas pelos servidores a fim de garantir a lisura e o cumprimento do Código de Defesa do Consumidor², não havendo intervenção.

Além dos mecanismos já citados, uma ferramenta em particular tem ganhado notoriedade perante os gaúchos: o Projeto Solução Direta do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, conforme informações contidas na plataforma eletrônica disponível através do link <https://www.tjrs.jus.br/novo/projeto-solucao-direta-consumidor/>, é uma ferramenta gratuita, voltada para a resolução direta de conflitos oriundos da relação de consumo.

Ainda, segundo informações contidas no site, “em caso de insucesso na composição, o histórico da tentativa de solução poderá ser extremamente útil na hipótese do ajuizamento de uma demanda judicial”, ou seja, na ausência de resolução amigável, o histórico fornecido pela plataforma pode ser utilizado como prova das tentativas de autocomposição efetuadas pelo consumidor.

Observa-se, mais uma vez, uma nítida movimentação do Estado para acolher as inovações tecnológicas e o avanço das ferramentas de comunicação eletrônica, haja vista que, assim como o Procon RS Digital, a Solução Direta do TJ/RS foi disponibilizada através do meio digital, podendo ser acessada de qualquer lugar, a qualquer tempo.

Tais fatores, por si só, demonstram também a preocupação em aumentar o acesso à proteção, considerando que estar disponível em ambiente digital, torna a ferramenta disponível a qualquer horário, o que facilita a adequação do consumidor com sua rotina, além de não demandar deslocamento, espera em fila de atendimento ou mesmo, atendimento de qualquer outro requisito limitante.

² MEZACASA, A. Procon RS lança nova plataforma virtual de resolução de conflitos. 2022. Disponível em <<https://procon.rs.gov.br/procon-rs-lanca-nova-plataforma-virtual-de-resolucao-de-conflitos#:~:text=Procon%20RS%20lan%C3%A7a%20nova%20plataforma%20virtual%20de%20resolu%C3%A7%C3%A3o%20de%20conflitos,-Publica%C3%A7%C3%A3o%3A%2031%2F10&text=A%20fim%20de%20possibilitar%20a,proconrs.modria.com%2F>>.

Por fim, a pesquisa realizada entre os portais eletrônicos apontou a existência do Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - NUPEMEC do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sendo um departamento de aplicação da política judiciária gaúcha para resolução de conflitos.

Através desse portal, estão compilados as legislações pertinentes ao tema de conciliação e mediação, vídeos e ebooks educativos, contatos úteis, além de acesso aos cadastros necessários para atuação como conciliador e mediador, assim como para agendar sessões individuais ou mutirões de conciliação ou mediação. Todo esse acervo está disponível no domínio do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, por intermédio do domínio <https://www.tjrs.jus.br/novo/institucional/o-tjrs/conselhos-comissoes-e-comites/nupemec/>.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa teve por objetivo identificar e conceituar as principais ferramentas extrajudiciais de resolução de conflitos relacionados ao Direito do Consumidor, sob o aspecto da eficácia de tais mecanismos enquanto solução alternativa à judicialização. Não obstante, foram destacados os aspectos positivos e os desafios em cada ferramenta.

Durante a pesquisa foram utilizados periódicos recentes abordando o assunto, bem como os materiais publicados no próprios portais oficiais do Tribunal de Justiça e do PROCON do Rio Grande do Sul, considerando que foram analisados projetos locais de solução de conflitos, como, a Solução Direta, proposta pelo Poder Judiciário gaúcho.

Além disso, o PROCON gaúcho também lançou uma nova ferramenta, o PROCON digital, visando facilitar o acesso popular, tendo como intuito fomentar a resolução amigável e direta dos conflitos, sem que seja necessária qualquer forma de intervenção por intermédio do Poder Judiciário.

Não obstante, durante a pesquisa, foram enumerados outros inúmeros projetos que estão sendo destrinchados no estado - como o próprio NUPEMEC - Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos - fatores que, por si, demonstram a imperiosa necessidade de enxugar o número de processos que atingem o judiciário.

Para além da preocupação com o abarrotamento do Poder Judiciário, vislumbrou-se que as tentativas de solucionar conflitos de forma amigável, consiste em uma busca por celeridade e efetividade, demonstrando que mesmo por intermédio da via administrativa ou extrajudicial, o consumidor pode ter seus direitos resguardados e o Código de Defesa do Consumidor protegido.

Nesse sentido, dentre as limitações apresentadas no uso de ferramentas alternativas à judicialização para a solução de conflitos, identificou-se que a necessidade de inscrição prévia e

habilitação de profissionais especializados como conciliadores, mediadores e árbitros, pode ser um obstáculo em termos de acesso, assim como de celeridade.

Deste modo, ganha ainda mais força o desenvolvimento de plataformas online, valendo-se da modernidade tecnológica para possibilitar o acesso a um maior número de pessoas, em menor tempo, considerando que as ferramentas analisadas - Procon Digital e Solução Direta TJ/RS - não demandam de fila de espera ou horário marcado para atendimento.

Sendo assim, é possível concluir que a tecnologia - uma das maiores impulsionadoras das relações de consumo - serve também como a mais eficaz das aliadas para solucionar as contendas originadas em tal esfera, uma vez que oferece maior celeridade, eficácia e acessibilidade, sem, contudo, limitar o acesso ao Poder Judiciário caso se mostre necessário.

REFERÊNCIAS

ALCARÁ, M. A EVOLUÇÃO DO DIREITO DO CONSUMIDOR. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça. 2015. Disponível em: <<https://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/655>> acesso em novembro de 2022.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

BAUMAN, Z. **Capitalismo parasitário**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 2009

BRASIL. Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Institui o Código de Defesa do Consumidor.

BRASIL. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre arbitragem.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil.

BRASIL. Lei n.º 13.140, de 26 de Junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares.

BRITO, I. R. SANTOS, R. G. **O papel do PROCON na defesa qualificada dos interesses dos consumidores: o acesso à justiça e os métodos alternativos de resolução de conflitos de consumo**. Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP. Volume IV. Pós-Graduação Stricto Sensu UERJ. Rio de Janeiro. 2009. Disponível em <<http://191.252.194.60:8080/handle/fdv/1126>> Acesso em 11 de novembro de 2022.

COLMON, P. Fundamentos da mediação e da conciliação. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DUARTE, T. 2009. **A possibilidade da investigação a 3: reflexões sobre triangulação (metodológica)**. Cies e-workingpaper. Centro de Investigação e Estudos de Sociologia. Disponível em: http://www.cies.iscte.pt/destaques/documents/CIES-WP60_Duarte_003.pdf. Acesso em: 29 nov 2020

GIL, A. C.. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PRUX, O. I. **Responsabilidade civil do profissional liberal no Código de Defesa do Consumidor**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

PRATES, O. B. **Mediação e Arbitragem - Soluções de Primeiro Mundo, Agora no Brasil**. 2000. Disponível em www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDC_07_27.pdf. Acesso em 20 de novembro de 2022.

RITTER, L; SCORTEGAGNA, F. **Balcão do consumidor da Universidade de Passo Fundo como forma alternativa de resolução de conflitos**. Rev. de Formas Consensuais de Solução De Conflitos | e-ISSN: 2525-9679 | Goiânia| v. 5 | n. 1 | p.79-94| Jan/Jun. 2019.

SALES, L. M. M; RABELO, M. D. de. **A mediação de conflitos como efetivo contributo ao Poder Judiciário brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, v. 48, n. 192, p. 43-54, out./dez. 2011.

SALES, L. M. M. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

WARAT, L. A. A mediação. Disponível em <https://www.almed.org.br/> . Acesso em: 25 de novembro de 2022.

DA RESPONSABILIDADE CIVIL DECORRENTE DE PUBLICIDADE ENGANOSA EM COMPRAS PELO E-COMMERCE

CIVIL LIABILITY ARISING FROM MISLEADING ADVERTISING IN PURCHASES THROUGH E-COMMERCE

Bianca Elias Paschoal¹
Faena Gall Gófas Meneghetti ²

RESUMO

A partir do advento da sociedade informacional é possível observar inúmeros casos de propaganda enganosa em compras pela internet, ensejando dano aos consumidores. Neste contexto, insurge a necessidade de verificação da legitimidade passiva para a ação de responsabilização civil. A dúvida paira a partir do momento em que a publicidade enganosa, causadora do dano, é realizada por determinado comerciante, pessoa física ou jurídica, em site destinado à compra e venda de mercadorias, mediante cadastro e porcentagem paga pelo comerciante ao site, em relação à venda do produto. Sendo assim, tanto o site quanto o comerciante são responsáveis solidários pelos danos causados ao consumidor, devendo responder de forma objetiva em eventual demanda de indenização, uma vez que assumiram o risco da atividade com o anúncio do produto, sendo este o caminho correto a ser perseguido pela prática jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: Internet. Legitimidade. Publicidade Enganosa. Responsabilidade Civil.

ABSTRACT

From the advent of the information society it is possible to observe numerous cases of misleading advertising in internet purchases, causing damage to consumers. In this context, it insists on the need to verify the passive legitimacy for the civil responsibility action. The question arises from the moment that the misleading publicity, causing the damage, is carried out by a certain merchant, individual or legal, in a site destined to the purchase and sale of merchandise, by register and percentage paid by the merchant to the site, in relation to the sale of the product.

¹ Pós Graduada em Direito Previdenciário e Trabalhista na Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Graduada em Direito pela Universidade Luterana do Brasil – ULBRA campus Cachoeira do Sul/RS. E-mail: paschoalbianca.bp@gmail.com

² Mestra em Direito pelo PPGD da UFSM. Especialista em Direito Público pela UCS e em Gestão Pública Municipal pela UFSM. Professora do Curso de Direito da ULBRA. Advogada nas áreas previdenciária e cível. E-mail: faena_gall@yahoo.com.br.

Therefore, both the site and the merchant are jointly and severally liable for damages caused to the consumer, and must respond objectively to any claim for damages, since they have taken the risk of the activity with the product announcement, which is the correct way to be pursued by legal practice.

KEYWORDS: Internet. Legitimacy. Misleading publicity. Civil responsibility.

INTRODUÇÃO

A revolução tecnológica chamada de sociedade informacional apresenta-se cada vez mais crescente. Enquanto paradigma dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e informação, as redes virtuais têm sido utilizadas por milhares de pessoas para a comunicação, expressão de opiniões e troca de informações, bem como para a publicidade e comercialização de produtos.

Em que pese os inúmeros aspectos positivos decorrentes da sociedade informacional, alguns aspectos negativos, por vezes, podem ser verificados, como a ocorrência de publicidade enganosa no âmbito do E-commerce.

Neste contexto, as problemáticas que motivam a pesquisa encontram seu cerne nas seguintes questões: a quem compete a legitimidade passiva para ação de responsabilização civil, nas situações em que o dano, decorrente de publicidade enganosa, é oriundo da comercialização de produto realizada por comerciante, mas intermediada por site recebedor de porcentagem? E ainda, é possível falar em responsabilidade civil subjetiva ou objetiva nesses casos?

Visando encontrar respostas ao problema apresentado realizou-se uma pesquisa bibliográfica, utilizando-se o método dedutivo. Dessa forma, o trabalho estruturou-se em dois tópicos.

Primeiro, busca-se expor noções acerca da sociedade informacional, analisando suas características e conceituação, em consonância com o direito constitucional à liberdade de expressão. Ainda, se almeja demonstrar a relevância das Tecnologias da Informação e Comunicação (os TIC'S) para a sociedade atual. Por outro lado, se pretende demonstrar que o ambiente virtual também apresenta riscos quase imperceptíveis aos olhos dos consumidores, adentrando-se na temática da publicidade enganosa.

Em segundo momento, será analisada a publicidade enganosa, os conceitos de vários autores acerca da responsabilidade civil, bem como seus pressupostos, os quais são essenciais para verificar se a responsabilidade, em casos de danos oriundos de publicidade enganosa em

compras pela internet, é objetiva ou subjetiva. Também, a partir da análise da doutrina e de decisões judiciais, se prende demonstrar a quem compete a legitimidade passiva nessas situações.

Assim, apresentadas as considerações introdutórias da pesquisa, passa-se à exposição do tema.

1. A SOCIEDADE INFORMACIONAL E O ACESSO À INFORMAÇÃO

O direito ao acesso à informação visa garantir a comunicação, a obtenção e a publicação de informações no interior da sociedade, sendo consagrado como um direito fundamental, uma vez que está previsto no art. 5º, inciso XIV, da Constituição Federal de 1988.³

Além de tratar-se de um direito fundamental de caráter individual e coletivo, o direito ao acesso à informação também se encontra normatizado em Leis e Tratados sobre Direitos Humanos a nível internacional, dos quais o Brasil é signatário, motivo pelo qual devem ser observados pela jurisdição e pela sociedade brasileira.

Nesse sentido, apresenta-se o direito à informação como um pilar da democracia, se fazendo importante para o desenvolvimento desta, bem como para o pleno exercício da cidadania, pois sua prática é o que sustenta o Estado Democrático de Direito.⁴

Diante disso, é notória a relação entre a democracia e o acesso à informação destinada às pessoas, pois é através desta conjuntura que se possibilita a formação de opiniões que serão disseminadas gerando, assim, o desenvolvimento crescente ou não de uma sociedade.

É visível que a liberdade informacional, nos moldes como hoje é conhecida, decorre diretamente do direito à liberdade de informação previsto em preceito constitucional, conforme preceitua o art. 220 da CF/88 ao mencionar que 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.

Logo, verifica-se que qualquer forma de manifestação do pensamento no Estado Democrático de Direito é regulada por um conjunto de normas expressas e estabelecidas pela lei maior do país, ou seja, pela Constituição Federal de 1988.

³ Art. 5º, XIV, CF: e assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional.

⁴ MENDES, Érica de Lourdes. **A lei de acesso à informação como instrumento de fortalecimento da democracia**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26595/a-lei-de-acesso-a-informacao-como-instrumento-de-fortalecimento-da-democracia>.

Acesso em: 10 out. 2022.

Por força disso, pode-se caracterizar a sociedade atual como sociedade informacional ou sociedade em rede, sendo esta compreendida como:

Constitui-se através da relação de grupos de pessoas por afinidades culturais, econômicas, étnicas, religiosas, políticas e familiares, que interagem pelas tecnologias da informação. Novas construções de uma sociedade se originam pelos pontos de contato da rede, em razão da facilidade da comunicação, haja vista a ideia de que as redes são maleáveis e abertas, com pontos de conexões, capacidade de adaptação e flexibilização, fatores que contribuem para o fomento da chamada sociedade em rede.⁵

Pode-se afirmar que a sociedade em rede se dá por interesses culturais em comum com que cada cidadão se identifica, formando uma rede de informações que se interligam e ali então são distribuídas todas as trocas de comunicação existentes.

Com efeito, a revolução tecnológica chamada de sociedade informacional está sendo cada vez mais utilizada por pessoas de todo o mundo, enquanto paradigma dos direitos constitucionais à liberdade de expressão e informação, a fim de se comunicar, expressar opiniões e trocar informações relevantes no interior da sociedade; bem como para a publicidade e comercialização de produtos através da internet, das redes virtuais, questão que se pretende adentrar de forma mais pormenorizada com a presente pesquisa.

Nesse contexto, Erenberg classifica a publicidade enganosa como uma das patologias que existem na publicidade e que ultimamente se faz por intermédio da internet, ela pode apresentar falsas informações quanto ao produto e serviço ofertado.⁶ Por isso é de extrema importância que haja uma análise crítica a fim de conter a propaganda enganosa em meio à rede informacional.

Nesse sentido Simão Filho entende que a sociedade em rede necessita:

De um aprofundamento da ciência jurídica, visto que, por força de suas características peculiares, monopoliza em seu interior uma infinidade de negócios jurídicos diretos e indiretos oriundos das tecnologias da informação e, especialmente, da internet. Em razão disso, a sociedade informacional possibilita a formação de uma nova história e, consequentemente, o surgimento de um “novo homem informacional” como resultado direto da revolução tecnológica.⁷

Sabe-se que o ordenamento jurídico além de prever direitos que possam ser usufruídos pelos cidadãos para seu bem estar e proteção, também determina leis que carecem de observância e respeito por parte de todos, inclusive nas relações oriundas da sociedade em rede. Por mais que haja liberdade informacional, como garantia do desenvolvimento da sociedade, é

⁵ CASTELLS, Manuel. A Sociedade em Rede. São Paulo: Paz e Terra, 2005, p. 565-567.

⁶ EREMBERG, Jean Jacques. Publicidade Patológica na Internet a Luz da Legislação Brasileira. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003, p. 51.

⁷ SIMÃO FILHO, Adalberto. Sociedade da Informação e seu Lineamento Jurídico. In: PAESANI, Liliana Minardi (Org). O Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007, p. 6-10.

necessário que a mesma seja exercida dentro dos limites estabelecidos em Lei, de modo a não causar danos materiais e até mesmo morais aos demais cidadãos do país, o que, conseqüentemente, também se aplica à publicidade realizada na rede virtual.

Através disso, criou-se o Marco Civil da internet, normatizado pela Lei nº 12.965 de 2014, o qual visa regular e tipificar as condutas dos cidadãos perante a liberdade de expressão na internet.⁸ É a partir desta Lei que se almeja garantir a segurança jurídica no mundo virtual.

No viés de modernização da sociedade, tornou-se indispensável a criação de uma Lei que regulasse as relações de consumo na sociedade informacional, com o intuito de reorganizar, visto que o seu uso se tornou cada vez mais crescente na vida das pessoas que buscam melhores formas de se comunicar na vastidão que se transformou o mundo virtual.

Através da internet surgiu o poder informático, que nada mais é do que uma modificação qualitativa e quantitativa das informações com a possibilidade de intercomunicação direta, criando um novo domínio social do indivíduo.⁹

Portanto, como afirma Paesani, “a rede virtual é dotada de características absolutamente próprias e conflitantes: ao mesmo tempo em que se tornou um espaço livre, sem controle, sem limites geográficos e políticos, e, portanto, insubordinado a qualquer poder”,¹⁰ razão pela qual se deve ter cuidado com as armadilhas que a internet possa vir a trazer.

A área da Tecnologia da informação é sem dúvida uma das maiores revoluções já existentes, visto que o acesso à informação é um diferencial e uma variável no processo para administração pública, sendo uma ferramenta essencial para a economia atual.¹¹

Isto quer dizer que a internet facilita muito as relações, tanto pessoais como profissionais, na vida de qualquer indivíduo, trazendo rapidez e agilidade em tempo recorde, favorecendo o precioso tempo de cada um.

Portanto, não é por menos que a sociedade vai se modificando da mesma forma que a internet vai se atualizando. É um ciclo que se renova a cada época, uma fase sem limitações e sem aviso prévio que provoca inquietações e curiosidades com as suas mudanças. Isto quer dizer que, a internet em si não é previsível, estando a qualquer momento sujeita a alterações,

⁸ NEGRI JUNIOR, José Carlos. **Liberdade de Expressão Marco Civil da Internet** (Lei 12.965/14). Disponível em: <https://juniornegri.jusbrasil.com.br/artigos/186126589/liberdade-de-expressao-marco-civil-da-internet-lei-12965-14>. Acesso em: 8 out. 2022.

⁹ PAESANI, 2000, p. 35.

¹⁰ PAESANI, 2000, p. 36.

¹¹ GAZEN, Marcelo. A importância da Internet no controle da gestão Pública. In: CHARNESKI, Heron (Coord). A Liberdade na Era Digital. Porto Alegre, 2011, p 111.

assim como o comércio virtual (e-commerce) e os mais variáveis mecanismos de venda por ele desenvolvidos.

Sobre estes aspectos Quintana da Rosa afirma que:

As ferramentas tecnológicas da modernidade e a rapidez das transformações delas decorrentes nos inspiram a pensar sobre uma gama infinita de possibilidades e sobre vários aspectos da vida cotidiana que vêm se modificando diuturnamente, cada vez mais rápido.¹²

Vislumbra-se, assim, que o direito à informação, nos dias atuais é efetivado especialmente através da internet, a qual tem um papel relevante na comunicação e visa trazer de forma eficiente, direta e rápida, informações a um grande número de pessoas. Portanto, espera-se que a internet, em sua constante evolução, possa gerar novidades positivas, tendo em vista a especial capacidade de informação que permite.

Porém, em que pese os inúmeros aspectos positivos decorrentes da internet e da liberdade informacional, conforme já mencionado anteriormente, tem-se também questões negativas, como as oriundas da publicidade enganosa em sites de venda online, que ultimamente vem aumentando de maneira drástica. Sendo assim, o capítulo que segue visa demonstrar os principais aspectos sobre a responsabilização civil em casos de publicidade enganosa no âmbito do e-commerce, almejando verificar, especialmente, a quem compete a legitimidade passiva nessas demandas.

2. DA RESPONSABILIDADE CIVIL EM CASOS DE PUBLICIDADE ENGANOSA NO ÂMBITO DO E-COMMERCE

Atualmente, a procura dos consumidores nos diversos sites de compras espalhados pela internet só cresce, uma vez que os valores são mais acessíveis e a praticidade é inquestionável. Todavia, a propaganda enganosa tem se tornando cada vez mais frequente, na medida em que esse avanço tecnológico se moderniza e se propaga.

Nesse sentido relata Fortes que:

A taxa de crescimento de usuários brasileiros na internet é de, aproximadamente, um milhão a cada três meses, esses dados poderiam ser interpretados como sinal positivo de oportunidade, mas podem ser observados como possibilidades de riscos e vulnerabilidades advindas da ausência de reconhecimento expreso dos direitos fundamentais, no contexto da internet.¹³

¹² DA ROSA, Felipe Quintana. Liberdade na Era Digital. Porto Alegre, 2011, p 07.

¹³ FORTES, Vinícius Borges. Os Direitos de Privacidade e a Proteção de Dados Pessoais na Internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 174.

Observa-se, assim, que através da imensidão de pessoas conectadas nas redes virtuais, além da vastidão de informações pertinentes, ocorre, também, o aumento da probabilidade de fraudes e ameaças. Desse modo, exige-se um cuidado redobrado de todos os usuários da rede, para não caírem nas armadilhas que se encontram ocultas na internet.

Assim, deve-se aumentar o cuidado nas relações de consumo na internet, visto que “se existem ameaças das quais o consumidor já conhece a existência e delas se protege por conhecê-las no mundo real, existem outras das quais ele nem desconfia na internet”¹⁴, pois muitos dos riscos oriundos do mundo virtual, nele encontram-se ocultos, levando o consumidor as armadilhas empregadas.

Dessa forma, impõe-se a devida responsabilização civil nos casos de publicidade enganosa ocorrida no âmbito do comércio online, se fazendo necessário realizar alguns apontamentos sobre os pressupostos que regem o instituto da responsabilidade civil, consoante a legislação e a doutrina vigente.

Com efeito, conceitua Tartuce que a responsabilidade civil decorre do “descumprimento obrigacional, pela desobediência de uma regra estabelecida em um contrato, ou por deixar determinada pessoa de observar um preceito normativo que regula a vida”.¹⁵

Já Diniz observa que “a responsabilidade civil pressupõe uma relação jurídica entre a pessoa que sofreu o prejuízo e a que deve repará-lo deslocando o ônus do dano sofrido pelo lesado para outra pessoa que, por lei, deverá suportá-lo”.¹⁶

Para Filho, “a essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem”.¹⁷

Frente ao exposto, verifica-se que a Responsabilidade Civil decorre de um descumprimento obrigacional dentro de uma relação jurídica, estando ligada ao desvio de conduta de um cidadão perante outro.

Sendo assim, praticado algum ato ilícito que importe em dano, surge, em regra, o dever de indenizar. Contudo, alguns pressupostos devem ser observados para que haja a responsabilização civil do causador do dano, principalmente nos casos de publicidade enganosa

¹⁴ GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. O Comércio Eletrônico e suas Implicações Jurídicas. In: BLUM, Renato Opice. Ligeiras Considerações sobre a responsabilidade civil na internet. Direito eletrônico: a internet e os tribunais. São Paulo: Edipro, 2001, p. 245.

¹⁵ TARTUCE, Flávio. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2014, p. 691-692.

¹⁶ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 23.

¹⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 02.

em compras pela internet, onde ainda diverge a jurisprudência pátria sobre a legitimidade passiva.

No que tange à caracterização dos pressupostos necessários para a configuração da responsabilidade civil, Tartuce afirma que não “há unanimidade doutrinária em relação a quais são os elementos estruturais da responsabilidade civil ou pressupostos do dever de indenizar”¹⁸, contudo, é possível indicar a ação, o dano e o nexo causal.

Diniz explica que ação vem a ser o “ato humano, comissivo ou omissivo, ilícito ou lícito, voluntário e objetivamente imputável, do próprio agente ou de terceiro, ou o fato de animal ou coisa inanimada que cause dano a outrem, gerando o dever de satisfazer os direitos do lesado”.¹⁹

Já o dano caracteriza-se pela chamada omissão de diligência exigível, ou seja, é a violação do dever objetivo de cuidado, uma vez que o agente podia o conhecer e observar.²⁰

Por sua vez, o nexo causal configura-se como o elemento indispensável, sendo o liame que une a conduta do agente ao dano, eis que é por meio do exame da relação causal que se descobre quem foi o causador do dano.²¹

Nesse contexto, como base da responsabilidade civil subjetiva, o art. 186 do Código Civil de 2002 estabelece que aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Complementa este artigo o disposto no art. 927 do referido diploma legal, ao prever que aquele que, por ato ilícito (arts 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Assim, através dos artigos expostos resta claro que a própria legislação civil assegura proteção a esse direito e obriga a reparação dos eventuais danos causados em situações de responsabilidade civil subjetiva, ou seja, naquelas em que deve ser apurada a existência da culpa do agente.

Além da responsabilidade civil subjetiva, tem-se também a responsabilidade civil objetiva, a qual se aplica nas relações de consumo entre fornecedor e consumidor. Conforme entendimento do desembargador Irineu Mariani, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, ocorrendo tanto no fornecimento de produtos como de serviços, salvo aos profissionais liberais, uma vez que a responsabilidade se torna subjetiva.²²

¹⁸ TARTUCE, Flávio. Direito das obrigações e Responsabilidade Civil. São Paulo: Método, 2014, p. 801.

¹⁹ DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 56.

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 33.

²¹ VENOSA, Sílvio de Salvo. Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 54.

²² TJRS. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70052832722. 2014. Relator: Irineu Mariani, julgado em 09/07/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 29 set, 2022.

Sendo assim, o Código de Defesa do Consumidor é um aliado nas relações de consumo entre as pessoas, é ele quem regula e orienta, mostrando os direitos e deveres das partes integrantes do processo de compra e venda. Porém, muitas dessas relações são efetuadas virtualmente, ocorrendo, em alguns casos, a publicidade enganosa, a qual traz prejuízos ao consumidor, cabendo a necessária responsabilização do causador do dano; tema central do presente trabalho.

Nota-se que a publicidade pode ser caracterizada como abusiva ou enganosa, sendo incidente da própria atividade e não somente da pretensão de enganar dolosamente numa relação de consumo, desde que haja nesta a atividade publicitária.

Contudo, ante a ocorrência de uma publicidade enganosa no ambiente virtual, ensejadora de dano na relação de consumo entre fornecedor e consumidor, insurge a verificação da legitimidade passiva para a ação de responsabilização civil.

Portanto, a fim de dar embasamento ao estudo, bem como evidenciar demandas efetivas de verificação da legitimidade passiva e da responsabilidade civil, nos casos de compras na internet, envolvendo publicidade enganosa, se faz importante analisar as decisões dos tribunais.

Observa-se que alguns tribunais entendem que, restando evidenciada a relação de consumo, sendo o autor consumidor, a responsabilidade do fornecedor é objetiva, de acordo com o art. 14 do CDC²³. Nesse caso o fornecedor do produto responde independentemente de culpa, devendo reparar os danos que foram causados ao consumidor por defeitos relativos à prestação de serviços, informações insuficientes ou inadequadas. Entende, contudo, enquadrar-se como fornecedor, hábil a figurar no polo passivo da demanda, a empresa que mantém sítio eletrônico (site) para intermediar vendas pela internet, recebendo remuneração, a qual deve responder de maneira solidária com o anunciante do produto.

Já outros tribunais tem posição contrária a anterior, visto que entende não haver responsabilidade objetiva do site, uma vez que o mesmo apenas divulgaria o produto ou serviço, não sendo prestador do serviço ou intermediário no negócio jurídico.

E ainda afirma que o “fato de o site apresentar as lojas virtuais, os produtos, os preços e as condições não retira do interessado a obrigação de contratar diretamente com o vendedor a compra e o pagamento do preço, como no caso em tela”.²⁴

No entanto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já entende ser caso de responsabilidade solidária entre o site e o comerciante:

²³ Art. 14 do CDC: O fornecedor de serviços responde independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por defeitos relativos à prestação dos serviços, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

²⁴ TJMG. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Apelação Cível nº 1.0701.12.007285-8/001. 2015. Relator: José Flávio de Almeida, julgado em 16/12/2015. Disponível em: www.tjmg.jus.br. Acesso em: 29 set, 2022.

EMENTA: RECURSO INOMINADO. cobrança. consumidor. compra de mercadoria pela internet. site que atua como plataforma de venda, permitindo o contato direto entre o consumidor e o fornecedor do produto. autora que se utilizou dessa facilidade prestada pela recorrida e entrou em contato com anunciante do site elo 7, acertando a compra e venda de produtos de decoração diretamente com a vendedora. recorrente que lucra com essa atividade, aproximando comprador e vendedor. participação ativa na cadeia de fornecimento do produto. legitimidade ativa reconhecida. sentença de extinção sem resolução do mérito, desconstituída. exame do mérito diretamente pelo segundo grau de jurisdição. art. 1.013, § 3º, do cpc. recurso provido.²⁵

O TJRS afirma que tanto o site como o fornecedor do produto devem responder de forma solidária, visto que é por meio do anúncio realizado no site que o consumidor entra em contato com fornecedor, para celebrar a compra e venda em que se deu a publicidade enganosa, restando confirmada a participação de ambos na cadeia de fornecimento do produto.

A partir disso, bem como de tudo que se observou com a presente pesquisa, entende-se que em casos de danos oriundos de publicidade enganosa realizada no âmbito virtual, deve o comerciante/empresa e também o site, pessoa jurídica, que proferiu o anúncio, integrarem, de forma solidária, o polo passivo da demanda de responsabilização civil, uma vez que o Código Civil prevê no seu art. 942 que “se a violação do direito de outrem tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação”.²⁶

Segundo Cavalieri, “havendo mais de um fabricante para um mesmo produto, ou mais de um causador do dano, todos respondem solidariamente pela reparação”,²⁷ ou seja, a todos que causarem danos com o fornecimento do produto ou serviço prestado incumbe o dever de indenizar o prejudicado.

Com efeito, o fornecedor deve conhecer os riscos que lhe são acometidos caso o produto não chegue ao destinatário final; e ao site compete uma fiscalização dos vendedores cadastrados, a fim de fornecer confiança aos consumidores.

Ademais, se o comerciante cadastrado no site for pessoa física, por vezes, se torna difícil a identificação de seu endereço para citação, razão pela qual, visando que o consumidor não seja prejudicado pela má fiscalização do site, este deverá figurar no polo passivo da demanda. Até mesmo porque participa da cadeia de fornecimento do produto, na medida em que recebe porcentagem do comerciante pela venda do mesmo, realiza o anúncio em sua plataforma virtual e faz o cadastramento de todos os comerciantes (pessoas físicas ou jurídicas).

²⁵ TJRS. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Recurso Inominado nº 71005854740. 2016. Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 21/11/2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 30 out, 2022.

²⁶ DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. São Paulo: Saraiva, 2010, p 640.

²⁷ CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Atlas, 2012, p. 524.

Diferentemente da propaganda enganosa que pode ocorrer fora do âmbito virtual, por exemplo, em anúncio de jornal, que somente cobra para anunciar o produto de determinada loja, não ganhando qualquer tipo de comissão pela venda do mesmo; o site anunciante recebe porcentagem na venda do produto e, diante disso, deve torna-se responsável solidário por qualquer dano oriundo do anúncio em sua plataforma virtual.

Esse é o entendimento do relator Lucas Maltez Kachny “o site não apenas realiza o anúncio, mas fomenta o contato direto entre comprador e vendedor, repassando informações e mensagens, obtendo lucro com essa atividade de aproximação entre comprador e vendedor.”²⁸

Ademais, é indispensável mencionar que tanto o site como o comerciante devem responder de forma objetiva, ou seja, independentemente da aferição da culpa pelo dano causado, visto que, no momento em que anunciam o produto para venda no ambiente virtual, estão assumindo os riscos da atividade.

Sendo assim, pode-se concluir que, o site e o comerciante, responsáveis solidários pelos danos decorrentes de propaganda enganosa na plataforma virtual, devem responder de forma objetiva em eventual demanda de indenização, posto que assumiram o risco da atividade com o anúncio do produto, sendo este o caminho correto a ser perseguido pela prática jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Além de o ordenamento jurídico prever direitos que são usufruídos pelos cidadãos para o seu bem estar e proteção, ele também determina leis que devem ser observadas e respeitadas por todos, inclusive nas relações de consumo oriundas da internet. A liberdade informacional deve ser exercida nos limites instituídos por lei para que não venha a causar danos materiais e morais aos demais cidadãos do país, o que se aplica também a publicidade no ambiente virtual.

Com a chegada da internet surgiram inúmeras facilidades para o mercado consumidor, haja vista a praticidade e o fácil acesso, com informações a tempo e hora, se diferenciando das relações de consumo no mundo real, com a qual as pessoas estão acostumadas. Assim, exige-se um cuidado redobrado, pois muitas vezes os consumidores nem desconfiam das ameaças e armadilhas ocorridas no mundo virtual.

A Responsabilidade Civil deriva do descumprimento obrigacional de uma relação jurídica, ligada ao desvio da conduta de uma pessoa a outrem. Um dos aliados nas relações de consumo é o Código de Defesa do Consumidor, o qual regulamenta os direitos e deveres das partes de

²⁸ TJRS. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Recurso Inominado nº 71005854740. 2016. Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 21/11/2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 30 out, 2022.

uma relação de consumo, porém essas relações, muitas vezes são efetuadas virtualmente, como nos casos de publicidade enganosa que traz prejuízos ao consumidor.

Diante da ocorrência da publicidade enganosa no âmbito da internet, que enseja o dano numa relação de consumo entre fornecedor e consumidor, insurge a necessidade de verificação da legitimidade passiva para a ação de responsabilidade civil.

A partir da análise jurisprudencial e doutrinária, entende-se que o comerciante/empresa e também o site devem integrar de forma solidária o polo passivo da demanda de responsabilidade civil em casos de danos oriundos de publicidade enganosa na internet, visto que, como prevê o Código Civil, se a violação do direito de outrem tiver mais de um autor, todos deverão responder solidariamente pela reparação do dano.

Dessa forma, compete ao site fazer uma fiscalização dos vendedores cadastrados para fornecer confiança aos consumidores, e cabe ao comerciante conhecer os riscos do mercado de consumo. Se o comerciante cadastrado no site não se tratar de pessoa jurídica, se torna difícil a identificação do seu endereço para a citação, se fazendo necessária a responsabilização do site recebedor de porcentagem, de modo que o consumidor não venha a ser prejudicado por ambos.

Diante disso, é possível concluir que, tanto o site como o comerciante são responsáveis solidários pelos danos oriundos de propaganda enganosa na plataforma virtual, devendo responder de forma objetiva em eventual demanda de indenização, uma vez que assumiram o risco da atividade com o anúncio do produto, sendo este o caminho correto a ser perseguido pela prática jurídica.

REFERÊNCIAS

BLUM, Renato Opice (Coord). **Direito Eletrônico: a internet e os tribunais**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 05 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 set. 2022.

BRASIL, **Código Civil**. Brasília: Senado Federal, 10 jan. 2002. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

BRASIL, **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília: Senado Federal, 11 set. 1990. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em: 15 set. 2022.

BRASIL, **Código de Processo Civil**. Brasília: Senado Federal, 16 mar. 2015. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 22 set. 2022.

CASTELLS, Manuel. **A Sociedade em Rede**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

DA ROSA, Felipe Quintana. **Liberdade na Era Digital**. Porto Alegre, 2011.

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

_____. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2017.

DUDH. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://brasil.un.org/>. Acesso em: 3 out, 2022.

ERENBERG, Jean Jacques. **Publicidade Patológica na Internet a Luz da Legislação Brasileira**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

FORTES, Vinícius Borges. Os Direitos de Privacidade e a Proteção de Dados Pessoais na Internet. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GAZEN, Marcelo. **A importância da Internet no controle da gestão Pública**. In: CHARNESKI, Heron (Coord). *A Liberdade na Era Digital*. Porto Alegre, 2011.

GONÇALVES, Sérgio Ricardo Marques. **O Comércio Eletrônico e suas implicações Jurídicas**. In: BLUM, Renato Opice. *Direito eletrônico: a internet e os tribunais*. São Paulo: Edipro, 2001.

MENDES, Érica de Lourdes. **A lei de acesso à informação como instrumento de fortalecimento da democracia**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/26595/a-lei-de-acesso-a-informacao-como-instrumento-de-fortalecimento-da-democracia>. Acesso em: 10 out. 2022.

NEGRI JUNIOR, José Carlos. **Liberdade de Expressão Marco Civil da Internet** (Lei 12.965/14). Disponível em: <https://juniornegri.jusbrasil.com.br/artigos/186126589/liberdade-de-expressao-marco-civil-da-internet-lei-12965-14>. Acesso em: 8 out. 2022.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet: Liberdade de informação, Privacidade e Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas S.A, 2000.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **Sociedade da Informação e seu Lineamento Jurídico**. In: PAESANI, Liliana Minardi (Coord). *O Direito na Sociedade da Informação*. São Paulo: Atlas S.A, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito das obrigações e Responsabilidade Civil*. São Paulo: Método, 2014.

TJRS. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Recurso Inominado nº 71005854740. 2016. Relator: Lucas Maltez Kachny, Julgado em 21/11/2016. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 30 out, 2022.

TJRS. **Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul**. Apelação Cível nº 70052832722. 2014. Relator: Irineu Mariani, julgado em 09/07/2014. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/buscas/jurisprudencia/exibe_html.php. Acesso em 29 set, 2022.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Código Civil interpretado**. São Paulo: Atlas S.A, 2013, p. 1126.

_____. **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

GREENWASHING: A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NA SOCIEDADE DE CONSUMO E DE INFORMAÇÃO

GREENWASHING: CONSUMER PROTECTION IN THE CONSUMER AND INFORMATION SOCIETY

Bruna Dal Molin Lorenzetti¹

Nadya Regina Gusella Tonial²

RESUMO

O presente trabalho visa analisar a prática do Greenwashing nas relações de consumo. Justifica-se a importância do tema, visto o crescimento da prática na atualidade em face da preocupação ambiental, e como os fornecedores utilizam desses preceitos para induzir o consumidor ao erro, com o intuito de efetivar mais vendas. Objetiva-se demonstrar de que forma a sociedade evoluiu até que a prática do Greenwashing fosse popularizada pelos fornecedores. Assim, conclui-se que a prática do *Greenwashing* viola as normas da publicidade, pois faz crer que os consumidores estão conservando o meio ambiente, quando em muitos casos estão colaborando para a sua destruição.

PALAVRAS-CHAVE: Greenwashing. Publicidade. Sociedade de consumo. Sociedade de informação. Vulnerabilidade do consumidor.

ABSTRACT

The present work aims to analyze the practice of Greenwashing in consumer relations. The importance of the theme is justified, given the growth of the practice today in the face of environmental concerns, and how suppliers use these precepts to mislead the consumer, with the aim of making more sales. The objective is to demonstrate how society evolved until the practice of Greenwashing was popularized by suppliers. Thus, it is concluded that the practice of Greenwashing violates advertising standards, as it makes consumers believe that they are conserving the environment, when in many cases they are collaborating for its destruction.

KEYWORDS: Greenwashing. Advertising. Consumer society. Information Society. Consumer vulnerability

INTRODUÇÃO

¹ Acadêmica da Faculdade de Direito, nível II, da Universidade de Passo Fundo. Estagiária do Balcão do Consumidor de Casca. E-mail institucional: 193484@upf.br. E-mail pessoal: brunadalml@gmail.com.

² Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí-UNIVALI. Mestra em Direito pela UNISINOS. Professora Titular I da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Advogada. Endereço de e-mail: nadyatonial@gmail.com.

O Greenwashing é uma temática que está em constante crescimento devido a necessidade que a população tem de consumir, pois vive-se em uma sociedade de consumo, que tem a necessidade de comprar e descartar bens. Ainda, refere-se a questão da felicidade efêmera, pela aquisição de bens, porém, sempre acompanhado de uma nova compra. Assim, evoluiu-se para a publicidade ambiental que faz os consumidores vulneráveis comprarem um produto que se diz sustentável, achando que irão contribuir com o meio ambiente, mas na verdade, estão contribuindo para sua degradação.

Justifica-se a importância do tema, pois com a atual preocupação com a sustentabilidade, os fornecedores encontraram novas técnicas para vender seus produtos e lucrar com eles. Desse modo, utilizam da publicidade ambiental e da prática do Greenwashing.

Com isso, o problema a investigar assenta-se no seguinte questionamento: a prática do Greenwashing revela-se um meio de violar o sistema protetivo do consumidor? Para responder a problemática utilizou-se o método hermenêutico e a técnica de pesquisa eleita foi a bibliográfica. Objetiva-se compreender a sociedade de consumo, analisar a sustentabilidade e as relações de consumo, bem como, a vulnerabilidade do consumidor e a prática do Greenwashing.

1. A SOCIEDADE DE CONSUMO

A sociedade de consumo é um dos pilares que sustenta o consumo por parte da população, devido a suas ideias advindas de fenômenos anteriores como o capitalismo, que induziu cada vez mais os consumidores a compra, evoluindo com o passar dos anos.

Com a Revolução Industrial, em que ocorreu a implementação de maquinários no processo produtivo e, conseqüentemente aumentou a oferta e demanda, houve a explosão das escolhas de consumo. Com alta demanda dos empregos, o povo conquistou maior poder aquisitivo, o que moldou a sociedade para o advento do capitalismo.³

Sucessivamente, após a Segunda Guerra Mundial, ocorreu a evolução do capitalismo, devido a implementação do modelo tayloriano-fordista, que como consequência aumentou os salários e deu mais poder de compra à população e ênfase ao fenômeno da sociedade de consumo e a moda⁴. Essa prosperidade econômica é referida como a Era de Ouro do Capitalismo⁵.

³ FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno do Greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. **Revista de Direito do Consumidor**. 2018. p. 1 a 3.

⁴ FILLA, Gisele de Pinho Tavares, 2018. p. 3.

⁵ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1912-1991**. São Paulo. Companhia das Letras, 1995. p. 255.

Por conseguinte, é importante ressaltar a moda, que ocorre quando o consumo não é apenas para as necessidades básicas, mas sim para enquadrar o consumidor a um padrão e status social. A moda, segundo Lipovetski “tem ligação com o prazer de ver, mas também com o prazer de ser visto, de exhibir-se ao olhar do outro”.⁶

Ainda, a moda também “estetizou e individualizou a vaidade humana, e conseguiu fazer do superficial um instrumento de salvação, uma finalidade da existência”, visto que, ela vai muito além da aparência vaga de cada ser humano, tornando-se um meio de qualificar e dar um fim para cada um na sua existência no mundo.⁷

O consumo é algo banal, que o ser humano faz todos os dias, às vezes de forma festiva, mas geralmente, de modo rotineiro, sem planejamento, pois é algo inerente à sobrevivência humana, considerado parte integral da existência humana. Já consumismo é considerado algo da sociedade e não de cada um, e de acordo com Bauman representa

O um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e 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 social, além da formação de indivíduos humanos, desempenhando ao mesmo tempo um papel importante nos processos de autoidentificação individual e de grupo, assim como na seleção e execução de políticas de vida individuais.⁸

Desse modo, o consumo e o consumismo estão interligados, do intrínseco de cada um quanto ao consumo e pela necessidade coletiva de consumir para sanar seus desejos pessoais frente a si mesmos e a sociedade. Disso surgiu a “sociedade de consumo” que, por sua vez,

representa um conjunto peculiar de condições existenciais em que é elevada a probabilidade de que a maioria dos homens e mulheres venha a abraçar a cultura consumista em vez de qualquer outra, e que na maior parte do tempo obedeçam aos preceitos dela com máxima dedicação.⁹

Logo, a sociedade de consumo ou sociedade de consumidores “representa o tipo de sociedade que promove, encoraja ou reforça um estilo de vida e uma estratégia existencial consumerista, e rejeita todas as opções culturais alternativas”.¹⁰

Desse modo, de geração em geração, o consumo apresenta-se crucial para a subsistência humana, e não apenas o consumo dos bens essenciais para uma vida digna, mas a compra e

⁶ LIPOVETSKI, Gilles. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Companhia de Bolso. p. 44.

⁷ LIPOVETSKI, Gilles. **O império do efêmero**: a moda e seu destino nas sociedades modernas. p. 44.

⁸ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. 2008, p. 41.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. 2008, p. 70.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para Consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 71.

utilização exagerada de tudo aquilo que o capitalismo gera. O marketing¹¹ e publicidade, se tornaram tão exagerados, e acabaram colaborando para o surgimento da sociedade de hiperconsumo. Nela

as motivações privadas superam muito as finalidades distintivas. Queremos objetos "para viver", mais que objetos para exibir, compramos menos isto ou aquilo para nos pavonear, alardear uma posição social, que com vista a satisfações emocionais e corporais, sensoriais, estéticas, relacionais e sanitárias, lúdicas e distrativas. Os bens mercantis funcionavam tendencialmente como símbolos de status, agora eles aparecem cada vez mais como serviços à pessoa.¹²

Na sociedade de consumo, os bens eram para mostrar aos outros e a nós mesmos o poder de compra ou a aparência utilizando aquele produto. Já na sociedade de hiperconsumo, os patrimônios adquiridos são absolutamente necessários para a existência humana, deixando de fazer parte do superficial e adentrando no intrínseco de cada um.¹³

Portanto, o que antes era apenas sinônimo de beleza e status passou a ser necessidade para os seres humanos, tornando-se o consumo um dever, uma missão de cada um. Assim, o apogeu da mercadoria não é o valor signo diferencial, mas o valor experiencial, o consumo "puro" valendo não como significante social, mas como conjunto de serviços para o indivíduo.¹⁴

Posteriormente, o fenômeno da globalização¹⁵ excluiu barreiras físicas existentes no universo, no que tange a tempo e espaço, e prometeu a implementação de uma sociedade de informação.

Essa sociedade de informação, faz com que o homem se integrasse às transformações técnicas e avanços tecnológicos. Ainda, essa sociedade de informação contribuiu exponencialmente com a sociedade de consumo ou de hiperconsumo, pois utiliza da publicidade em redes sociais, rádios e na televisão para exibir seus produtos. Logo, as pessoas estão conectadas com a internet, essa publicidade em massa recai sobre elas, impulsionando a vontade de adquirir bens, que nem sempre são necessários.¹⁶

¹¹Estudo das atividades comerciais que, a partir do conhecimento das necessidades e da psicologia do consumidor, tende a dirigir os produtos, adaptando-os, para o seu melhor mercado. **"Marketing"** em Dicionário Priberam. Disponível em: <<https://dicionario.priberam.org/marketing>>. Acesso em: 13 nov. 2022.

¹² LIPOVETSKI, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. 2007, p. 41 a 42.

¹³ LIPOVETSKI, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo. Companhia das Letras. 2007. p. 43.

¹⁴ LIPOVETSKI, Gilles. **A felicidade paradoxal**: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. p. 43.

¹⁵ A globalização "significa a experiência cotidiana da ação sem fronteiras nas dimensões da economia, da informação, da ecologia, da técnica, dos conflitos transculturais e da sociedade civil [...]. A globalização significa o assassinato da distância, o estar lançada a formas de vida transnacionais [...]". BECK, Ulrich. **O que é Globalização?** Equívocos do globalismo: respostas à globalização. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 46.

¹⁶ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011. p. 11.

Dessa maneira, o atual momento social pode ser entendido como “modernidade líquida”, quando a evolução da sociedade pós-moderna ganha espaço conforme destrói os antigos e sólidos padrões de vida, criando novos moldes compatíveis com o capitalismo. Essa passagem da sociedade anterior para a nova é condizente com o que se esperava ser a nova realidade.¹⁷

Ora, todos esses fenômenos estão altamente ligados com o capitalismo e sua expansão, que devido a implementação de maquinários desde a época Industrial até os dias de hoje, evoluiu e aumentou o poder de compra da população, e passou a criar estratégias para alavancar o consumo.¹⁸

Tais práticas, estão enquadradas no “capitalismo parasitário”¹⁹ que são novas estratégias criadas para manter o capitalismo vivo, funcionando exatamente como parasitas, ambos necessitam de um organismo ainda não explorado para lhes fornecer alimento, e com o passar do tempo, quando não tem mais nada para consumir, o destrói.²⁰

Tendo em vista todos esses fatores, tudo está ligado a ideia de “felicidade paradoxal”, em que tudo dentro da sociedade é organizado para propor essa felicidade, que ocorre quando o consumidor “pode ter acesso a prazeres sempre mais numerosos e frequentes, provar os gozos incontáveis dos lazeres, das evasões e da mudança”.²¹

Portanto, tudo é interligado com a ideia de que o consumo é crucial para a felicidade humana, que, sem ele, não se pode ter uma vida digna. Assim, não há como viver de outra forma, que não seja consumindo, e muitas vezes, não apenas o necessário, o que alimenta o sistema Consumista em que o mundo se encontra, o que faz refletir sobre a sustentabilidade.

2. A SUSTENTABILIDADE E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

Com a implementação das ideias capitalistas no centro da sociedade, impulsionando a sociedade de consumo, a noção da sustentabilidade encontra-se ameaçada. As pessoas não se preocupam com o futuro ambiental ou como as próximas gerações irão sobreviver, apenas querem consumir, buscar uma felicidade efêmera.

¹⁷ BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. p. 11.

¹⁸ HOBBSAWM, Eric. **Era dos extremos: o breve século XX: 1912-1991**. São Paulo. Companhia das Letras, 1995. p. 255.

¹⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2010. p. 7 a 32.

²⁰ GIL, Isaac. A infestação. **Revista Galáxia**, São Paulo, n. 19, p. 321-323, jul. 2010. p. 321 a 323.

²¹ LIPOVETSKI, 2007, p. 17.

Porquanto, toda relação de consumo une em seus polos duas diferentes figuras (elemento subjetivo): o consumidor e o fornecedor, que fazem movimentar no mercado o núcleo determinante da circulação de riqueza (elemento objetivo): produto e serviços.²²

Na sociedade pós-moderna, as relações de consumo estão voltadas a consideração do que é útil ou inútil, dependendo do que é apresentado ao consumidor. Desse modo, a expectativa de vida de um produto é definida a partir de estratégias de *marketing* e com base nos lucros que o fornecedor busca adquirir, mediante a exaltação de novas ofertas. Assim, a relação de consumo na atualidade representa uma instabilidade evidente.²³

O consumidor descarta facilmente os objetos que não mais interessam, desprezando, e despreza a durabilidade dos produtos. Como ocorre quando um novo telefone celular é lançado, o antigo é facilmente descartado para poder ser efetuada a compra do novo aparelho, assim, descartando o antigo como “lixo”.²⁴

De tal modo, as relações de consumo modernas são altamente influenciadas por esse descarte de objetos, seja pela compra de um novo em um curto período de tempo, devido a obsolescência programada²⁵, que reduz a vida útil dos bens para que o ciclo do consumo continue a evoluir.²⁶

Dessa forma, consumidores e fornecedores estão constantemente promovendo ações para que essas relações de consumo produzam o fluxo de mercado. Assim, os fornecedores implementam publicidades para incentivar o consumidor a comprar, e os consumidores, influenciados pelas ideias positivas que as campanhas publicitárias, efetuam a aquisição desses produtos.²⁷

Portanto, tais acontecimentos permitem que a população consuma desenfreadamente, dificultando a observação dos preceitos da sustentabilidade, que é o novo paradigma do direito e de todas as demais áreas, visto que é importante devido as altas taxas de preocupação ambiental e as diversas políticas públicas existentes para que essa preservação de fato seja assegurada.

²² Cruz, Guilherme Ferreira D. **Teoria geral das relações de consumo**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2014. p. 25.

²³ BAUMAN, 2008, **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 31.

²⁴ BAUMAN, 2008, **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias p. 31.

²⁵ Ocorre quando uma mercadoria se torna ultrapassada em razão de inovações tecnológicas, de um produto que executa a mesma função melhor. Pode ser fruto de avanços tecnológicos genuínos (não programados), mas é muito difícil identificar os casos em que é proposital. **Obsolescência programada**”. NETO. André Perin Schmidt. CHEVTCHIK. Mellany. Obsolescência programada nas relações de consumo. p. 4. 2021. Disponível em: <https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/search/run>. Acesso em 10 nov 2022.

²⁶ BAUMAN, 2008, **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias p. 31.

²⁷ BAUMAN, 2008, **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias p. 31.

Sustentabilidade significa

O conjunto dos processos e ações que se destinam a manter a vitalidade e a integridade da Mãe Terra, a preservação de seus ecossistemas com todos os elementos físicos, químicos e ecológicos que possibilitam a existência e a reprodução da vida, o atendimento das necessidades da presente e das futuras gerações, e a continuidade, a expansão e a realização das potencialidades da civilização humana em suas várias expressões.²⁸

De acordo com as palavras da Carta da Terra, a sustentabilidade é uma questão de vida ou morte, pois, nunca antes na história da civilização humana, houve riscos que ameaçam o futuro comum de todos. Logo, a precaução e a preservação são essenciais para que se resguarde o futuro do meio ambiente e, conseqüentemente, da humanidade.²⁹

O modo de produção industrialista, consumista, perdulário e poluidor fez da economia o principal eixo articulador e construtor das sociedades. O mercado se tornou a realidade central, transformou tudo em mercadoria, tudo foi subjugado ao interesse econômico, tornando importante o fator financeiro, o ganhar dinheiro, colocando o individualismo acima do altruísmo, com o preceito “*greed is good*”.³⁰

Dessa forma, pela falta de observância aos preceitos sustentáveis, em que o ser humano utiliza de recursos naturais para criar e produzir novos produtos ou tecnologias, ocorre a dizimação da biodiversidade, como nos desmatamentos ou queimadas. Com isso, observa-se uma irresponsável intervenção humana nos processos naturais, chamada de Antropoceno.³¹

O Antropoceno se caracteriza pela capacidade de destruição do ser humano, acelerando o desaparecimento das espécies, e, conforme estudos de Edward Wilson da Universidade de Harvard, com a intervenção humana ocorre a eliminação de 27.000 a 100.000 espécies por ano, além das que se encontram sob risco de extinção.³²

Porém, essa perda de biodiversidade traz consequências que talvez, as atuais gerações não percebem de maneira notável, mas que serão muito sentidas pelas futuras gerações. E, com essas intervenções humanas, ocorrem além da extinção da biodiversidade, o aquecimento global e o efeito estufa.³³

Pois, conforme Friedrich Engels

²⁸ BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é: o que não é. 2016, p. 14.

²⁹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é.** p. 14

³⁰ “A ganância é boa”. BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é: o que não é. p. 14

³¹ BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é,** p. 23 e 24.

³² BOFF. 2016, p. 23 e 24.

³³ BOFF. 2016, p. 23 e 24.

Somos a cada passo advertidos de que não podemos dominar a Natureza como um conquistador domina um povo estrangeiro, como alguém situado fora da Natureza; mas sim que lhe pertencemos, com a nossa carne, nosso sangue, nosso cérebro; que estamos no meio dela; e que todo o nosso domínio sobre ela consiste na vantagem que levamos sobre os demais seres de poder chegar a conhecer suas leis e aplicá-las corretamente.³⁴

Dessa forma, a sociedade não deve apenas vislumbrar o consumo, a produção e o lucro exagerado, mas também resguardar a natureza. Assim, o consumo deve ser do necessário, observando os materiais e o modo de produção desses produtos, bem como para efetuar a compra de fornecedores que se preocupam com o meio ambiente e com a sustentabilidade.

3. O GREENWASHING E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Dado que a atual sociedade é consumo e de informação, e observando que o novo paradigma das relações de consumo é a sustentabilidade, os fornecedores perceberam que não conseguem mais vender suas mercadorias apenas com as tradicionais estratégias de marketing.

Dessa maneira, os fornecedores criaram novas técnicas para incentivar o consumidor a comprar, e, nessas novas publicidades, que são o “conjunto de técnicas de ação coletiva no sentido de promover o lucro de uma atividade comercial conquistando, aumentando e mantendo clientes”³⁵, introduziram em seus rótulos mensagens com viés atrativo que, nem sempre são informações verdadeiras, o que acaba expondo o consumidor a publicidades ilícitas.³⁶

Assim, a publicidade ilícita, de acordo com o estabelecido pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC) é toda aquela que viola deveres jurídicos estabelecidos no CDC em sua realização, produção e divulgação das mensagens publicitárias, sendo de duas espécies referidas no CDC: a publicidade enganosa (art. 37 §1º CDC) e publicidade abusiva (art. 37 §2º CDC), ambas proibidas pelo referido código e possuindo as sanções cabíveis quando comprovada sua efetivação.³⁷

De acordo com o artigo 37 §1º CDC:

É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

³⁴ ENGELS, 1979, p. 224.

³⁵ MALANGA, Eugênio. **Publicidade: uma introdução**. São Paulo: Atlas, 1979, p. 12.

³⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. 6ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016. p. 278.

³⁷ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. p. 278.

O elemento principal dessa definição é “induzir o consumidor ao erro”, havendo uma presunção de culpa do fornecedor que colocou a informação falsa na publicidade para levar o consumidor ao erro³⁸, portanto, é considerada enganosa quando deixa de informar dado essencial do produto ou serviço (art. 37 §3º CDC).

E, de acordo com o artigo 37 §2º CDC:

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 hipótese de ilicitude, o caráter abusivo percebe-se em duas vertentes, o da mera ilicitude, derivada da contrariedade direta da norma, e aquela que contraria a boa-fé ou os bons costumes e incita comportamento prejudiciais ao indivíduo ou a comunidade. Em ambos os casos, o abuso manifesta-se pela violação por quem faz a publicidade comercial, de normas legais ou princípios jurídicos que visam proteger o consumidor.³⁹

Dessa forma, os fornecedores utilizam inúmeras propagandas para induzir o consumidor a compra, com a promessa de utilidades que muitas vezes não são cumpridas, pois existe publicidade enganosa, ou utilizam em teores discriminatórios que acabam ofendendo o consumidor, se tratando de uma publicidade abusiva.⁴⁰

Logo, devido à preocupação com o meio ambiente e a sustentabilidade, os fornecedores encontraram um novo meio de incentivar os consumidores a comprar seus produtos, introduzindo em seus rótulos expressões ditas sustentáveis, mas, que nem sempre são verdadeiras e visam o lucro dos fornecedores.⁴¹

Essa prática é intitulada de *Greenwashing* ou, traduzindo para o português, “lavagem verde”, que “ocorre quando há a conferência de atributos ecológicos ou ambientalmente responsáveis a um produto ou empresa quando isso não condiz com a realidade”.⁴²

O termo que foi popularizado no início dos anos 90 pelo Greenpeace para descrever situações em que se promove uma imagem ambiental positiva que não corresponde com a realidade para enganar os consumidores. Essa prática exala condutas ambientais de determinado produto ou serviço, com o intuito de trazer informações enganosas de

³⁸ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 278 a 279.

³⁹ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283.

⁴⁰ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283.

⁴¹ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283.

⁴² FILLA, 2018, p.

sustentabilidade, que por vezes não disfarçam uma fraca atuação pró-sustentável feita pelo fornecedor.⁴³

Assim, os fornecedores utilizam dessa estratégia de marketing para promover seus produtos visando o lucro excessivo com um pretexto de sustentabilidade. Com isso, o consumidor que é vulnerável e não se atenta ou desconhece essa forma de publicidade, acaba adquirindo esses produtos.⁴⁴

A vulnerabilidade do consumidor é o princípio básico que rege, fundamenta e explica o CDC, e está estabelecido no artigo 4, inciso I do referido diploma, pois, a existência do Direito do Consumidor fundamenta-se no reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor e determina a proteção deste.⁴⁵

Na sociedade atual existe o desequilíbrio entre consumidor e fornecedor nas relações jurídicas de consumo, sendo, a noção de vulnerabilidade entendida como fraqueza ou debilidade do consumidor devido a condições que lhe são inerentes e de uma posição de força superior imposta ao fornecedor.⁴⁶

Ainda, a doutrina e jurisprudência trazem distinções do princípio da vulnerabilidade do consumidor, se subdividindo em vulnerabilidade técnica; vulnerabilidade jurídica; e vulnerabilidade fática.⁴⁷

A vulnerabilidade técnica do consumidor é a hipótese na qual se reconhece que o consumidor não possui conhecimentos especializados sobre o produto ou serviço que adquire ou utiliza em determinada relação de consumo, mas o fornecedor possui esses conhecimentos de forma mais aprofundada⁴⁸.

A vulnerabilidade jurídica do consumidor ocorre quando esse desconhece seus direitos e deveres na relação de consumo, bem como a ausência de compreensão das consequências jurídicas do contrato que estabelece.⁴⁹

⁴³ EFING, 2017, p. 2.

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno, Curso de direito do consumidor. p. 283.

⁴⁵ MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. p. 127 e 128.

⁴⁶ MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. p. 283. p. 127 e 128.

⁴⁷ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283., p. 129.

⁴⁸ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283. p. 129.

⁴⁹ MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283., p. 129.

E a vulnerabilidade fática, é no sentido mais lato, que abrange, de forma genérica, diversas situações em que o consumidor é mais debilitado que o fornecedor, por exemplo, da forma econômica, onde o fornecedor possui bem mais poder econômico que o consumidor.⁵⁰

Por conseguinte, em face do consumidor vulnerável e das inúmeras publicidades empreendidas contra ele, muitas vezes não é capaz de analisar se tudo o que está sendo apresentado é real. Assim, os fornecedores aproveitam-se dessa vulnerabilidade e da falta de conhecimento e atenção dos consumidores para implementar a prática do Greenwashing e aumentar suas vendas e lucro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Greenwashing foi utilizado para aumentar as vendas dos fornecedores utilizando a publicidade ambiental e o marketing ambiental como percursos dessas vendas. Proporcionou um alto lucro aos fornecedores e um alto custo ao meio ambiente, pois viola os parâmetros de sustentabilidade.

Desse modo, devido a sociedade de consumo, os fornecedores se utilizam da necessidade que os consumidores possuem de adquirir bens para sanar uma felicidade momentânea e promovem a venda de diversos produtos de forma exponencial, fazendo com que os consumidores comprem mais que o necessário, para nutrir um sistema capitalista e consumerista.

Mas, os consumidores não devem apenas consumir, bem como os fornecedores não devem apenas lucrar, pois, faz-se necessária a efetivação da sustentabilidade, em especial no viés ambiental.

Assim, em face da vulnerabilidade do consumidor, que por sua falta de conhecimento não é capaz de perceber se as publicidades empreendidas contra ele são de fato verdadeiras, alguns fornecedores se utilizam dessa situação para implementar falsas publicidades, praticando o Greenwashing, e induzir o consumidor a comprar seus produtos.

Portanto, constata-se que além da proteção contra as publicidades enganosas e abusivas, existe a necessidade da implementação de políticas públicas e ações de educação para o consumo, que apresentem ao consumidor o que é essa prática do Greenwashing, como reconhecer as empresas que a praticam e o que fazer para poder evitá-la e, de fato, ajudar a preservar o meio ambiente e contribuir com a sustentabilidade.

⁵⁰MIRAGEM, Bruno, **Curso de direito do consumidor**. p. 283., p. 130.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos. Rio de Janeiro. Jorge Zahar, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. Modernidade Líquida. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. Vidas para Consumo: a transformação das pessoas em mercadorias. Rio de Janeiro. Jorge Zahar. 2008.

BOFF, Leonardo. Sustentabilidade: o que é: o que não é. 5º ed. Rio de Janeiro. Vozes. 2016.

Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

CRUZ, Guilherme Ferreira D. **Teoria geral das relações de consumo**. Disponível em: Minha Biblioteca, Editora Saraiva, 2014.

EFING, Antônio Carlos. GREGORIO, Carolina Luckemeyer. Greenwashing e rotulagem ambiental no direito do consumidor a informação. Revista de Direito do Consumidor. 2017.

ENGELS, Friedrich. A Dialética da natureza. 3ed. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1979.

FILLA, Gisele de Pinho Tavares. Análise do fenômeno do Greenwashing e sua repercussão perante a cultura do consumo sustentável. Revista de Direito do Consumidor. 2018.

GIL, Isaac. A infestação. Revista Galáxia, São Paulo, n. 19, p. 321-323, jul. 2010.

HOBBSBAWM, Eric. Era dos extremos: o breve século XX: 1912-1991. São Paulo. Companhia das Letras, 1995.

LIPOVETSKI, Gilles. A felicidade paradoxal: ensaio sobre a sociedade de hiperconsumo. São Paulo. Companhia das Letras. 2007.]

LIPOVETSKI, Gilles. O império do efêmero: a moda e seu destino nas sociedades modernas. Companhia de Bolso.

MALANGA, Eugênio. Publicidade: uma introdução. São Paulo: Atlas, 1979.

MIRAGEM, Bruno. Curso de direito do consumidor. 6.ed. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

O DIREITO DE ARREPENDIMENTO COMO FERRAMENTA DE PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR NAS COMPRAS ELETRÔNICAS

THE RIGHT TO REPENTANCE AS A CONSUMER PROTECTION TOOL IN ELECTRONIC SHOPPING

Erica Balbinot¹

RESUMO

O presente artigo versa sobre o direito de arrependimento nas compras realizadas eletronicamente. Busca-se analisar se esse direito tem a proteção necessária da legislação para que os consumidores possam usufruí-lo. Justifica-se a importância do estudo, tendo em vista que nos últimos anos houve um aumento exponencial nas compras eletrônicas. Para solucionar a problemática, apresenta-se as legislações pertinentes e quando se pode utilizar o direito de arrependimento.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; relação de consumo; direito de arrependimento; comércio eletrônico.

ABSTRACT

This article deals with the right of repentance in electronically made purchases. It seeks to analyze whether this right has the necessary protection of legislation so that consumers can enjoy it. The importance of the study is justified, considering that in recent years there has been an exponential increase in electronic purchases. To solve the problem, the relevant laws are presented and when the right of repentance can be used.

KEYWORDS: consumer law; consumer relationship; right of repentance; e-commerce.

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca analisar o direito de arrependimento nas relações de consumo virtuais, para compreender a evolução da sociedade de consumo que, atualmente trás diversas maneiras de realizar compras, e para obter a compreensão da vulnerabilidade e do direito de arrependimento aplicado nas compras *on-line*.

Justifica-se a importância do tema, tendo em vista que se vive em uma sociedade de consumo, em que o núcleo é o comprar e descartar em massa. Com essa mentalidade, o

¹ Acadêmica do nível VI da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo – Campus Casca. Integrante 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” do Curso de Direito da UPF – Campus Casca. E-mail: ericabalbinot58@gmail.com.

consumidor é influenciado a trocar um produto que acabou de adquirir por outro novo, fato que faz com que tenha de estar ciente das informações sobre o produto ou serviço que está adquirindo e os direitos que vem com a compra.

Com isso, o problema a investigar assenta-se no seguinte questionamento: o direito de arrependimento, positivado no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), revela-se um mecanismo efetivo de proteção nas compras virtuais? Para responder a problemática jurídica, adotou-se o método hermenêutico, sendo a técnica de pesquisa eleita a bibliográfica.

À vista disso, objetiva-se compreender, no presente estudo, a sociedade atual, denominada de sociedade de consumo. Analisar o comércio eletrônico e o decreto subsequente que regulam a sociedade de consumo e discorrer sobre a vulnerabilidade do consumidor nas compras virtuais. Por fim, busca-se estudar o direito do arrependimento e sua eficácia nas relações de consumo *on-line*.

1. AS NOVAS TECNOLOGIAS E AS RELAÇÕES DE CONSUMO

O consumo é uma atividade presente em toda e qualquer sociedade e é parte integrante da vida das pessoas. E numa sociedade que encoraja o ato de consumir, todos os sujeitos são tidos como consumidores². Destaca Canclini que *“el consumo es el conjunto de procesos socioculturales en que se realizan la apropiación y los usos de los productos”*. Para o mesmo autor, *“consumir suele asociarse a gastos inútiles y compulsiones irracionales”*³. Muitos dos produtos⁴ e serviços⁵ consumidos não são necessários, mas, grande parte dos consumidores, consomem com o propósito de buscar a felicidade e o bem-estar.

A sociedade de consumo⁶ vem evoluindo com o passar dos anos, pode-se dizer que estar-se-á vivendo na terceira sociedade de consumo, a qual é denominada sociedade do

² Artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor: “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”. 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 20 out. 2022.

³ CANCLINI, Néstor García. **Consumidores y Ciudadanos**: Conflictos multiculturales de la globalización. México: Grijalbo, 1995. p. 41.

⁴ Artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “[...] § 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

⁵ Artigo 3º do Código de Defesa do Consumidor: “[...] § 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”. BRASIL. **Lei Federal número 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

⁶ Sociedade de Consumo é: “[...] uma sociedade de massas e de classes: suas relações definem-se pelo mercado, que ao mesmo tempo permite interações anônimas e despersonalizadas entre grandes números de pessoas (por isso sociedade de massas) e determinadas pela sua posição respectiva no processo produtivo (na apropriação dos benefícios da vida social, por

hiperconsumo. Para Lipovetsky, a sociedade de consumo divide-se em três fases⁷. A primeira de 1880 a 1945, na qual há expansão da produção em massa; a segunda de 1950 a 1970 se passa a comprar bens duráveis e se tem acesso ao crédito; e a terceira de 1970 até hoje, nessa o consumidor tem um desejo insaciável de consumir e descartar.

A atual sociedade, pode-se alegar sociedade de consumismo, pois, é caracterizado como tudo o que o consumidor adquire que traga uma sensação de felicidade, assim destaca Bauman

o “consumismo” é um tipo de arranjo social resultante da reciclagem de vontades, desejos e anseios humanos rotineiros, permanentes e, por assim dizer, “neutros quanto 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 trabalho. [...] De maneira distinta 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 este atributo, a capacidade profundamente individual de querer, desejar e almejar deve ser [...] destacada (alienada) dos indivíduos e reciclada/reificada numa força externa que coloca “a sociedade dos 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 condutas individuais.⁸

Assim, a sociedade “promove, encoraja ou reforça a escolha de um estilo de vida e uma estratégia existencial consumista, e rejeita todas as opções culturais alternativas” Assim, “todo mundo precisa ser, deve ser e tem que ser um consumidor por vocação (ou seja, ver e tratar o consumo como vocação) [...] que é ao mesmo tempo um direito e um dever humano universal que não conhece exceção”.⁹

Com a evolução da sociedade, passou-se a ter a invenção da internet, a qual é considerada um amplo conjunto de protocolos. Além de todas as novas inovações que surgiram com a internet, afirma Patrícia Peck que “ao mesmo tempo em que a Era Digital abre maiores possibilidades de inclusão, a exclusão torna-se mais cruel”¹⁰.

Em dependência do marco da internet, conseqüentemente, há o surgimento do comércio eletrônico. Ou, o também denominado e-commerce. “Trata-se de uma modalidade

isso sociedade de classes)”. 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.

⁷ LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal**: Ensaio Sobre a Sociedade do Hiperconsumo. Tradução: Maria Lucia Machado. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

⁸ 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.

⁹ BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. p. 71-72.

¹⁰ PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 20.

extremamente vantajosa: sem custos de estrutura física, climatização, energia, mão de obra etc.”¹¹.

O comércio eletrônico pode ser definido como um “processo de comunicação entre as pessoas, fazendo surgir, em meio aos sistemas de processamento tecnológico, uma nova maneira de fazer negócios, mais integrada, ágil e disruptiva”¹².

Essa modalidade de vendas, permite que o consumidor tenha uma ampla escolha de produtos ou serviços, tendo em vista, que, haverá uma grande variedade de produtos no território brasileiro. Além, daqueles produtos, que terá a sua disposição no âmbito internacional, podendo realizar compras em diversos países sem ter de estar fisicamente neles.

2. OS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Os Direitos do Consumidor, alguns deles, estão previstos no art. 6º do Código de Defesa do Consumidor. Nesse artigo em especial estão decretados que o consumidor, ao realizar compras virtuais, tem especial proteção tendo que ter “a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem”¹³. Além do direito à informação, outro principal ponto é que se tem a proteção contra qualquer tipo de publicidade que traga prejuízo ao consumidor¹⁴.

Visando maior proteção do consumidor, foi sancionado o Decreto nº 7.962/2013, o qual, expõe regras para a conduta do fornecedor ao comercializar produtos através da internet. Um dos principais direitos do consumidor, que não é aplicável no estabelecimento comercial físico, é o direito de arrependimento.

O decreto legisla sobre diversos comportamento, entre eles, alguns dos considerados mais importantes são as informações que “os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de

¹¹ LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. **COMÉRCIO ELETRÔNICO**: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 255 - 270 | Jan - Fev / 2015 Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 10/2015 | Nov / 2015. p. 256.

¹² VIAL, René. **COMÉRCIO ELETRÔNICO**: porque agir de boa-fé. 1ª. ed. Belo Horizonte, 2020. p. 172.

¹³ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;” BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

¹⁴ “Art. 6º São direitos básicos do consumidor: [...] IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;” BRASIL, **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**.

destaque e de fácil visualização”¹⁵, sobre as compras coletivas, e sobre o atendimento ao consumidor que realiza compras no *e-commerce*. Segue a legislação pertinente:

Art. 2º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para oferta ou conclusão de contrato de consumo devem disponibilizar, em local de destaque e de fácil visualização, as seguintes informações: I - nome empresarial e número de inscrição do fornecedor, quando houver, no Cadastro Nacional de Pessoas Físicas ou no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas do Ministério da Fazenda; II - endereço físico e eletrônico, e demais informações necessárias para sua localização e contato; III - características essenciais do produto ou do serviço, incluídos os riscos à saúde e à segurança dos consumidores; IV - discriminação, no preço, de quaisquer despesas adicionais ou acessórias, tais como as de entrega ou seguros; V - condições integrais da oferta, incluídas modalidades de pagamento, disponibilidade, forma e prazo da execução do serviço ou da entrega ou disponibilização do produto; e VI - informações claras e ostensivas a respeito de quaisquer restrições à fruição da oferta.¹⁶

Art. 3º Os sítios eletrônicos ou demais meios eletrônicos utilizados para ofertas de compras coletivas ou modalidades análogas de contratação deverão conter, além das informações previstas no art. 2º, as seguintes: I - quantidade mínima de consumidores para a efetivação do contrato; II - prazo para utilização da oferta pelo consumidor; e III - identificação do fornecedor responsável pelo sítio eletrônico e do fornecedor do produto ou serviço ofertado, nos termos dos incisos I e II do art. 2º.¹⁷

Art. 4º Para garantir o atendimento facilitado ao consumidor no comércio eletrônico, o fornecedor deverá: I - apresentar sumário do contrato antes da contratação, com as informações necessárias ao pleno exercício do direito de escolha do consumidor, enfatizadas as cláusulas que limitem direitos; II - fornecer ferramentas eficazes ao consumidor para identificação e correção imediata de erros ocorridos nas etapas anteriores à finalização da contratação; III - confirmar imediatamente o recebimento da aceitação da oferta; IV - disponibilizar o contrato ao consumidor em meio que permita sua conservação e reprodução, imediatamente após a contratação; V - manter serviço adequado e eficaz de atendimento em meio eletrônico, que possibilite ao consumidor a resolução de demandas referentes a informação, dúvida, reclamação, suspensão ou cancelamento do contrato; VI - confirmar imediatamente o recebimento das demandas do consumidor referidas no inciso, pelo mesmo meio empregado pelo consumidor; e VII - utilizar mecanismos de segurança eficazes para pagamento e para tratamento de dados do consumidor. Parágrafo único. A manifestação do fornecedor às demandas previstas no inciso V do caput será encaminhada em até cinco dias ao consumidor.¹⁸

Com o uso amplamente difundido do comércio eletrônico, acontecem novos problemas quanto a entrega dos produtos, quanto ao erro sobre as características do produto, e, principalmente, quanto aos golpes causados por indivíduos maliciosos.

Com o advento da internet, o consumidor vulnerável passa a estar ainda mais vulnerável. Ou seja,

o espaço online ou cibernético é tido como um novo ambiente social, paralelo e permanentemente vinculado ao real, que traz desafios sobre suas implicações e

¹⁵ BRASIL, **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm >. Acesso em 17 out. 2022.

¹⁶ BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.

¹⁷ BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.

¹⁸ BRASIL, Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013.

consequências nas relações humanas na denominada Era da Informação, isso é, o fácil acesso aos cidadãos trouxe benefícios e consequências.¹⁹

A previsão de proteção do consumidor frente a vulnerabilidade percebida se encontra no Código de Defesa do Consumidor. Por conseguinte, entende-se que “a vulnerabilidade do consumidor é característica intrínseca das relações de consumo, constituindo-se ela, em presunção legal e absoluta a seu favor”²⁰.

Neste sentido, o princípio da vulnerabilidade relaciona-se com a proteção do(s) indivíduo(s) no ambiente comercial, objetivando a aplicação de demais fundamentos legais como a isonomia, equidade e equilíbrio das relações contratuais sendo, portanto, a vulnerabilidade caracterizada como uma fonte de direito, gozando de respaldo jurídico para sua efetivação²¹.

No direito do consumidor, a vulnerabilidade é dividida em três aspectos: técnica, fática e jurídica. A vulnerabilidade técnica está presente quando o consumidor não possui conhecimento aprofundado sobre o produto ou o serviço. A vulnerabilidade fática é ampla, mas, a mais comum é a econômica, ou seja, o consumidor não possui os mesmos meios econômicos que o fornecedor. A vulnerabilidade jurídica, trata-se dos direitos e deveres que o consumidor adquire nas relações de consumo.²²

Com as espécies de vulnerabilidades expostas, a interação dos consumidores nas redes sociais é amplamente incentivada pelos fornecedores. Para Aucar:

o público se conecta às redes sociais para estabelecer novas formas de relacionamento e se engajar de forma colaborativa no ambiente da produção midiática. Neste sentido, o consumidor tem à disposição mecanismos para organizar sua própria grade de consumo midiático e pode optar por suprimir a propaganda. Por outro lado, o consumidor on-line também ganha ferramentas que o aproxima de seus produtos e personagens favoritos, o que aumenta as demandas de engajamento na rede.²³

Diante do exposto, percebe-se que as redes sociais permitem interações em que o consumidor não se atém a um só assunto. Carvalho corrobora explicando que:

O uso de mídias sociais conectadas pelas empresas é tema recorrente no meio empresarial e social. Em evento promovido pela Câmara Oficial Espanhola de Comércio

¹⁹ LEHFELD, Lucas de Souza; CELIOT, Alexandre; SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Brito. **A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD**. Rev. Eletrônica Pesquiseduca. Santos, V.13, N. 29, p.236-255, jan.-abril 2021. p. 237.

²⁰ BEHRENS, Yan West. **Comércio eletrônico de produtos e serviços**: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores. Salvador: Paginece, 2014. p. 309.

²¹ SOUZA, Thaiane Almeida; ALVES, Sérgio Emílio Schlang. **A Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade**. Disponível em: <http://ri.ucsal.br:8080/jspui/bitstream/prefix/626/1/TCCTHAIANESOUZA.pdf> >. p. 5.

²² MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. - 6. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. p. 129 – 130.

²³ AUCAR, Bruna Santana. **A publicidade no Brasil**: agências, poderes e modos de trabalho (1914–2014). Orientador: Everardo Pereira Guimarães Rocha. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2016. p. 291.

no Brasil, no dia 9 de novembro, esse tema foi abordado por Ronaldo Tano, gerente de consultoria empresarial da Deloitte. Segundo ele, as empresas precisam se voltar para as mídias sociais, especialmente pela geração colaborativa de conteúdo que cresce de forma rápida e consistente. Tano propôs que o “o uso das mídias sociais seria uma construção de redes colaborativas para que as companhias conheçam seus clientes”, principalmente no monitoramento da marca. Em sua apresentação, destacou que cada empresa pode construir sua própria abordagem e sugere que isto se faça com três verbos: atrair, ajudar e afiliar, o que exige o envolvimento da alta direção da empresa e a disponibilidade de recursos suficientes. Para ele, as empresas precisam conhecer o conceito de inteligência online, para que saibam o que fazer com as informações obtidas por meio das redes sociais.²⁴

Ao enfrentar todas essas diversidades, numa relação de consumo virtual, o consumidor se encontra mais vulnerável, visto que, não está acostumado ou não possui conhecimento de todos os aparatos tecnológicos.

3. DIREITO DE ARREPENDIMENTO NAS COMPRAS VIRTUAIS

O direito de arrependimento está previsto no artigo 49 do Código de Defesa do Consumidor, que dispõe:

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 domicílio²⁵.

Da mesma forma, entende-se que o direito de arrependimento “concede ao consumidor o direito de desistir do contrato que celebrou [...] fora do estabelecimento comercial”²⁶. Ademais, quando o consumidor utiliza o direito de arrependimento ele “não precisa apresentar qualquer justificativa ao consumidor”²⁷, ou seja, qualquer encargo que o consumidor tenha referente a devolução do produto deverá ser custeado pelo fornecedor

Ou seja, assim que o consumidor realizar o efetivo direito de arrependimento “a restituição deverá ser imediata, sendo proibido ao fornecedor impor qualquer prazo para a restituição dos valores pagos pelo consumidor.”²⁸

Destacam Tartuce e Neves, sobre o prazo de reflexão de sete dias, “o qual constitui um direito potestativo colocado à disposição do consumidor, contrapondo-se a um estado de

²⁴ CARVALHO, Cláudio Luiz de. **O uso de redes sociais conectadas no processo de comunicação interna**. Dissertação (mestrado) – Faculdade Cásper Líbero, Programa de Mestrado em Comunicação –São Paulo, 2012. p. 67.

²⁵ BRASIL. Lei nº. 8.078, de 11 de setembro de 1990.

²⁶ NORAT, Markus Samuel Leite. **Manual de Direito do Consumidor**. – Leme SP: CL EDIJUR, 2015. p. 300.

²⁷ NORAT, Markus Samuel Leite. **Manual de Direito do Consumidor**. p. 300.

²⁸ Bolzan, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. – 2. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014. p. 718.

sujeição existente contra o fornecedor ou prestador.”²⁹ Também, consagram que “como se trata do exercício de um direito legítimo, não há a necessidade de qualquer justificativa, não surgindo da sua atuação regular qualquer direito de indenização por perdas e danos a favor da outra parte.”³⁰

Verifica-se que, “o CDC enumerou, de maneira exemplificativa, as formas de contratação fora do estabelecimento comercial: por telefone e a domicílio.”³¹ Ou seja,

(...) o direito de arrependimento sem causa do consumidor pode e deve ser assegurado: 1) nas vendas chamadas ‘emocionais’, como as ocorridas no Brasil nos contratos de time-sharing ou multipropriedade; e 2) nas vendas a distância por meios instrumentais, tão antigos como a correspondência e o catálogo por telemarketing, ou até por meios eletrônicos novos, como o teleshopping, as compras pela Internet, por e-mail e agora por celular.³²

Destaca-se, que, para compras ou serviços adquiridos dentro do estabelecimento comercial, o direito não está disponível para uso do consumidor. “Frise-se, portanto, que, [...] o direito imotivado de arrependimento é fundamentado pela premissa de que a comercialização fora do estabelecimento de venda coloca o consumidor em *posição desfavorável*”³³. Destarte,

Pode-se concluir, em que a pese as sutis distinções entre os autores, que o direito de arrependimento surge sempre que o vendedor “movimenta-se” em direção ao consumidor, seja por telefone, no domicílio ou de qualquer outra forma. Obviamente, este “movimento” só é verificado fora do estabelecimento comercial.³⁴

Assim, o consumidor que compra fora do estabelecimento comercial passa a ter uma proteção diferente, mais ampla. Verificando-se possibilidades que ao consumidor de loja física não é possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A atual sociedade, denominada de sociedade de consumo, tem por principais características o incentivo ao ato de consumir e descartar em massa. Verifica-se que a evolução da sociedade de consumo faz com que os consumidores sempre tenham de estar adquirindo o modelo mais novo para estarem “na moda”.

²⁹ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, volume único. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020. p. 594.

³⁰ TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor**: direito material e processual, volume único. p. 594.

³¹ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003. p. 944.

³² MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011. p. 867

³³ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico. **Revista do IBRAC – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional** | vol. 22/2012 | p. 99 - 118 | Jul - Dez / 2012. p. 103.

³⁴ TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico. p. 103.

Com o advento da internet, e a posterior introdução do comércio eletrônico, abre-se novas oportunidade de consumo. As quais antes eram restritas ao comércio facilmente acessível. Contudo, a vulnerabilidade existente ao consumidor, torna-se mais perceptível, visto que, não se tem os conhecimentos necessários para a utilização e não sabe a proteção que possui ao realizar compras *on-line*.

A introdução do Decreto nº 7.962/2013 informa os direitos e deveres do consumidor e do fornecedor. Além do decreto, tem-se o Código de Defesa do Consumidor que protege o consumidor na medida da sua desigualdade perante o fornecedor. Entre os direitos previstos, encontra-se o direito de arrependimento, o qual em sua plena eficácia permite que o consumidor desista de uma compra em até sete dias, após recebe-la em seu domicílio.

Logo, em resposta a problemática, constata-se que apenas a positivação do direito de arrependimento não é suficiente a fim de proteger o consumidor de forma eficaz. Imprescindível, a implementação de políticas públicas, em especial, de educação para o consumo, no viés dos direitos dos consumidores, para a divulgação dos direitos e deveres do consumidor, e no âmbito ambiental para que, haja a informação necessária do que acontece com a natureza quando se trocam produtos, que ainda seriam úteis, para outros mais novos.

Portanto, vê-se que é sustentável a forma de desenvolvimento das políticas de educação para o consumo vigentes no país, as quais são realizadas através dos Procons e, também, dos Balcões do Consumidor. Ainda, necessário que as pessoas adotem um novo modelo de consumir, visando minimizar as consequências ambientais. Somente com a cooperação de todos será possível alcançar a efetivação plena dos direitos dos consumidores.

REFERÊNCIAS

AUCAR, Bruna Santana. **A publicidade no Brasil: agências, poderes e modos de trabalho (1914–2014)**. Orientador: Everardo Pereira Guimarães Rocha. Tese de Doutorado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Departamento de Comunicação Social, 2016. Disponível em: <<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/27769/27769.PDF>>. Acesso em: 20 out. 2022.

AYALA, Patryck de Araujo. COELHO, Mariana Carvalho Victor. A hipervulnerabilidade do consumidor idoso e sua tendência ao superendividamento no contexto de uma sociedade do hiperconsumo. **Revista de Direito do Consumidor**. v. 121/2019, p. 247 – 275, jan - fev 2019.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas para consumo**: a transformação das pessoas em mercadorias. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BEHRENS, Yan West. **Comércio eletrônico de produtos e serviços: uma análise das principais práticas abusivas em prejuízo dos consumidores**. Salvador: Pagine, 2014.

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/l8078compilado.htm>. Acesso em: 17/10/2022.

_____. **Decreto nº 7.962, de 15 de março de 2013**. Regulamenta a Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, para dispor sobre a contratação no comércio eletrônico. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/decreto/d7962.htm>. Acesso em: 17/10/2022.

BOLZAN, Fabrício. **Direito do consumidor esquematizado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

CANCLINI, Néstor García. **Consumidores y Ciudadanos: Conflictos multiculturales de la globalización**. México: Grijalbo, 1995.

CARVALHO, Cláudio Luiz de. **O uso de redes sociais conectadas no processo de comunicação interna**. Dissertação (mestrado) –Faculdade Cásper Líbero, Programa de Mestrado em Comunicação –São Paulo, 2012. Disponível em < <https://casperlibero.edu.br/wp-content/uploads/2014/02/08-O-uso-de-redes-conectadas.pdf> >. Acesso em: 20 out. 2022.

LEHFELD, Lucas de Souza; CELIOT, Alexandre; SIQUEIRA, Oniye Nashara; BARUFI, Renato Brito. **A (hiper)vulnerabilidade do consumidor no ciberespaço e as perspectivas da LGPD**. Rev. Eletrônica Pesquiseduca. Santos, V.13, N. 29, p.236-255, jan.-abril 2021. Disponível em: <<https://periodicos.unisantos.br/pesquiseduca/article/view/1029> >. Acesso em: 20 out. 2022.

LIMBERGER, Têmis; MORAES, Carla Andreatta Sobbé. **COMÉRCIO ELETRÔNICO: A vulnerabilidade do consumidor pela (des)informação e a responsabilidade civil dos provedores na Internet**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 97/2015 | p. 255 - 270 | Jan - Fev / 2015 Crise Econômica e Soluções Jurídicas | num. 10/2015 | Nov / 2015.

LIPOVETSKY, Gilles. **A Felicidade Paradoxal: Ensaio Sobre a Sociedade do Hiperconsumo**. Tradução: 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.

MARQUES, Claudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 6. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

MIRAGEM, Bruno. **Curso de direito do consumidor**. - 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil anotado**. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

NORAT, Markus Samuel Leite. **Manual de Direito do Consumidor**. Leme SP: CL EDIJUR, 2015.

PECK, Patrícia. **Direito digital**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; CALGARO, Cleide. **Relação de consumo: tempo e espaço**. Revista de Direito do Consumidor | vol. 79/2011 | p. 311 - 328 | Jul - Set / 2011.

SOUZA, Thaiane Almeida; ALVES, Sérgio Emílio Schlang. **A Proteção ao Consumidor no âmbito do comércio eletrônico: uma análise à luz do princípio da vulnerabilidade**. Disponível em: <<http://ri.ucs.br:8080/jspui/bitstream/prefix/626/1/TCCTHAIANESOUZA.pdf>>. Acesso em 20 out. 2022.

TARTUCE, Flávio; NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito do consumidor: direito material e processual, volume único**. – 9. ed. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2020.

TUCCI, Rogério Lauria Marçal. Direito de arrependimento do consumidor no comércio eletrônico. **Revista do IBRAC** – Direito da Concorrência, Consumo e Comércio Internacional | vol. 22/2012 | p. 99 - 118 | Jul - Dez / 2012.

VIAL, René. **Comércio Eletrônico: porque agir de boa-fé**. 1ª. ed. Belo Horizonte, 2020.

SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO, NOVAS TECNOLOGIAS E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

INFORMATION SOCIETY, NEW TECHNOLOGIES AND CONSUMER PROTECTION

Claudia Denise Vizioli¹

Eduarda Comin²

RESUMO

Em uma sociedade globalizada busca-se analisar as relações de consumo e seus reflexos no agravamento da vulnerabilidade e no abalo da confiança dos consumidores. Objetiva-se expor as transformações ocorridas na tecnologia, na sociedade, na cultura, na economia e no Estado de Direito, com o intento de demonstrar que a vulnerabilidade do consumidor se encontra agravada pela evolução da informática nas relações de consumo buscando proteger o consumidor, seja vulnerável ou os hipervulneráveis. Apontar que a reconstrução da confiança dos consumidores é o caminho a ser seguido para adaptar o direito consumerista aos novos desafios propostos pelo comércio eletrônico. O CDC protege o consumidor no comércio eletrônico, enquanto a LGPD disciplina a utilização dos dados nessas relações.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio eletrônico. Informação. Proteção de dados. Proteção do consumidor. Vulnerabilidade.

ABSTRACT

In a globalized society, we seek to analyze consumer relations and their reflexes in the worsening of vulnerability and the shake-up of consumer confidence. The objective is to expose the transformations that have occurred in technology, society, culture, the economy and the rule of law, with the intention of demonstrating that consumer vulnerability is aggravated by the evolution of information technology in consumer relations seeking to protect the consumer, whether vulnerable or hypervulnerable. Point out that the reconstruction of consumer confidence is the way to be followed to adapt consumer law to the new challenges proposed by e-commerce. The CDC protects consumers in e-commerce, while the LGPD disciplines the use of data in these relationships.

¹ Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. 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: 17440@upf.br

² Graduanda em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. 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: 193726@upf.br.

KEYWORDS: Electronic commerce. Information. Data protection. Consumer protection. Vulnerability.

INTRODUÇÃO

O presente artigo visa relacionar os principais desafios enfrentados pelo consumidor na sociedade de informação atual, caracterizada por ser tecnológica, globalizada e consumista, onde foram contemplados diversos instrumentos jurídicos para a proteção do consumidor, considerada a condição de vulnerabilidade que lhe é inerente. Com a chegada das novas tecnologias, os mecanismos legais existentes começaram a mostrar-se insuficientes, possibilitando novos meios de proteção efetiva.

Na sociedade da informação existe o risco de agravamento da vulnerabilidade, resultando em uma hipervulnerabilidade, seja pela celebração de negócios jurídicos no comércio eletrônico, seja pela utilização abusiva de seus dados pessoais. Desta maneira, surge uma preocupação com a efetividade dos instrumentos normativos para a proteção do consumidor.

Justifica-se a importância desta pesquisa pois a vulnerabilidade do consumidor, encontra-se agravada pela evolução da informática nas relações de consumo, e a tutela dos dados pessoais na sociedade digital a partir do revés da insegurança, neste contexto globalizado. Com isso, necessário verificar se o sistema jurídico é capaz de proteger o consumidor na era da tecnologia.

Não obstante, a efetiva proteção do cidadão pressupõe uma atuação conjunta das autoridades públicas em que observe a necessidade de concretização de um maior número de relações jurídicas contratuais, com orientação diretiva do microssistema de proteção e defesa do consumidor e sua aplicação harmônica em um verdadeiro diálogo de fontes com as disposições normativas pertinentes à proteção de dados pessoais.

Pretende-se fazer uma abordagem temporal para analisar a evolução da sociedade, moderna até a contemporânea de consumo, levando em conta o ambiente digital. Ademais, serão elencadas as principais características da sociedade de consumo e observado o momento de incorporação das novas tecnologias nesse processo social. Nesta ocasião, será estudado o tratamento dos dados pessoais, serão analisados quais os mecanismos legais aptos a tutelar o consumidor no meio digital, além de analisar os riscos aos consumidores.

Por fim, objetiva-se, realizar algumas reflexões sobre o direito de proteção de dados dos consumidores e sua relação com os demais direitos fundamentais, ressaltando a possibilidade de se acentuar a sua vulnerabilidade na sociedade tecnológica, caracterizada sobretudo pela aceleração dos processos de disseminação da informação e do conhecimento.

1. A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO

Com a evolução da sociedade da informação, sobretudo de suas ferramentas tecnológicas, busca-se o conhecimento através da percepção da informação e de suas variadas facetas.

Na ansiedade por desenvolver o conhecimento, a sociedade da informação traz benefícios como a universalização e a globalização dos meios de comunicação, com destaque a todo artefato tecnológico presente em nossas vidas, dando-lhe características de validade, regularidade e oportunizando o acesso a novas ferramentas tecnológicas que se desenvolveram para possíveis tomadas de decisões, mas por outro lado traz prejuízos e consequências bastantes críticas de se combater.

A sociedade contemporânea vive um momento de grandes transformações, em que o mundo globalizado está em constante evolução. Assim, explica Acioli:

paulatinamente, as relações humanas vêm sendo travadas em um ambiente diferente, que não conhece barreiras físicas: em um mundo digital. Na esteira dos avanços da pós-modernidade os indivíduos se expõe a uma enorme complexidade social, em que a sensação de incerteza e a convicção de um mundo inseguro e heterogêneo com transformações evidentes estão a demonstrar o surgimento de um novo período.³

No mundo digital, o desenvolvimento da internet atinge um público cada vez maior e diferenciado, em um mundo globalizado. Salienta Beck que a globalização representa processos em que "os Estados nacionais veem a sua soberania, sua identidade, suas redes de comunicação, suas chances de poder e suas orientações sofrerem a interferência cruzada de atores transnacionais"⁴, justamente por favorecer o afastamento de tempos, lugares, histórias e tradições específicas.

A estruturação de redes de informação na compreensão de muitos, possui uma vantagem na pós-modernidade, fazendo com que operadores globais desenvolvam em um ambiente virtual suas próprias relações, interagindo em tempo real e validando suas ansiedades informacionais⁵. Para Castells,

³ ACIOLI, Carlos André Carvalho. **Sociedade pós-moderna e suas novas tecnologias: como é difícil ser apenas humano**. In: XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO ALEGRE – RS, 27, 2018, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: CONPEDI, 2018, p. 80. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/>>. Acesso em: 08 Nov. 2022.

⁴ BECK, Ulrich. **O que é a globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999. p. 30.

⁵ CASTRO, Ferreira de Fabiano. **O CONTRIBUTO DAS BIBLIOTECAS DIGITAIS PARA APRENDIZAGEM NA WEB**. DOSSIÊ TEMÁTICO Novas Tecnologias e Educação, [s. l.], 10 nov. 2022. p. 86. Disponível em: <<https://periodicos2.uesb.br/index.php/praxis/article/download/730/615/1204>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

cada vez mais, as pessoas organizam seu significado não em torno do que fazem, mas com base no que elas são ou acreditam que são. Enquanto isso as redes globais de intercâmbios instrumentais conectam e desconectam indivíduos, grupos, regiões e até países, de acordo com sua pertinência na realização dos objetivos processados na rede, em um fluxo contínuo de decisões estratégicas.⁶

A sociedade da informação está inserida em um processo pelo qual a noção de espaço e tempo tradicional estão em transformação pelo surgimento de um espaço virtual, criando novas formas de interligações humanas e sociais, ainda que por vezes ocorram conflitos neste processo de transformação. Gouveia e Gaio, definem a sociedade da Informação como aquela

que recorre predominantemente às tecnologias da informação e comunicação para a troca de informação em formato digital, suportando a interação entre indivíduos e entre estes e instituições, recorrendo a práticas e métodos em construção permanente.⁷

De toda forma, os tomadores de decisões mundiais notaram que a informação está desempenhando um papel cada vez mais central na vida social, cultural e política, incorporado pelas forças da globalização. Entende Schweriner que “todo produto representa, na verdade, a concretização de desejos e das necessidades humanas, a satisfação, a realização de suas carências e aspirações, tanto físicas quanto psíquicas.”⁸

Segundo Beck, a questão da justiça social ganha novo contorno teórico e político na era da globalização, visto que,

a sociedade mundial, que tomou uma nova forma no curso da globalização – e isto não apenas em sua dimensão econômica -, relativiza e interfere na atuação do Estado nacional, pois uma imensa variedade de lugares conectados entre si cruza suas fronteiras territoriais, estabelecendo novos círculos sociais, redes de comunicação, relações de mercado e formas de convivência.⁹

Entende Bauman, “o consumismo então, associa felicidade não a satisfação de necessidades, mas sim a um volume de desejos que implica no uso imediato e rápida substituição.”¹⁰ Assim, a vida curta dos produtos é preconcebida e deste modo, acontece o aumento de novas ofertas e a difamação das antigas. Portanto,

entre as maneiras que o consumidor enfrenta a insatisfação, a principal é descartar os objetos que a causam. A sociedade de consumidores desvaloriza a durabilidade, igualando “velho” a “defasado” impróprio para continuar sendo utilizado e destinado à lata de lixo.¹¹

⁶ CASTELLS, M. **A sociedade em rede**. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000, p. 23.

⁷ GOUVEIA, L. M. B; GAIO, S. **Sociedade da informação: balanço e oportunidades**. Rio de Janeiro: Universidade Fernando Pessoa, 2004. p. 45.

⁸ SCHWERINGER, Ernesto Rene. **A força da Publicidade na cultura do consumo - Comportamento do Consumidor - Identificando Necejos e Supérfluos Essenciais**. Ed Saraiva. 2008. p. 8.

⁹ BECK, Ulrich. **O que é a globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização**. p.18.

¹⁰ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo – A Transformação das pessoas em mercadorias** – Ed. Jorge Zahar Editor, 2007. p. 45.

¹¹ BAUMAN, Zygmunt. **Vida Para Consumo – A Transformação das pessoas em mercadorias** p. 31.

Observa-se que,

a sociedade da informação não é um modismo. Representa uma profunda mudança na organização da sociedade e da economia, havendo quem a considere um novo paradigma técnico-econômico. É um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infraestrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infraestrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos. Sua importância assemelha-se à de uma boa estrada de rodagem para o sucesso econômico das localidades. Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.¹²

Os principais desafios à compreensão e à ação social e política apresentados pela chamada "sociedade da informação" dizem respeito a novas instabilidades e incertezas, onde criam insegurança ocupacional, econômica, financeira, política e social.

Como leciona Barreto Junior, existem três fases distintas, todas elas relacionadas com a evolução tecnológica:

este processo decorreu em razão de três fenômenos, interrelacionados, que responderam pela gênese da transformação assistida: a) convergência da base tecnológica - possibilidade de poder representar e processar qualquer informação de uma única forma, a digital. Essa convergência teve profundas implicações no processo de mundialização da economia, das telecomunicações e dos processos sociais, pois, sem uma padronização tecnológica mínima, este novo paradigma de sociedade seria inimaginável; b) dinâmica da indústria – proporcionou contínua queda nos preços dos computadores, insumos tecnológicos, softwares, componentes de redes, permitindo maior acessibilidade à integração na rede. c) crescimento e expansão da internet: aumento exponencial da população mundial com acesso à rede e evolução da conectividade internacional.¹³

Apesar da rapidez com que a rede mundial se dissemina, ainda é grande o problema de acesso aos serviços das redes cibernéticas, com um acesso desigual, novas categorias sociais são criadas, como os conectados e os não-conectados, os incluídos e os excluídos das redes digitais¹⁴. É preciso entender esse processo de exclusão digital. Almeida, parte da hipótese de que a exclusão digital é reflexo da exclusão cultural¹⁵. Exclusão diante do consumo dos bens culturais, dos bens simbólicos, entretanto sendo consequência da exclusão socioeconômica.

Desta forma, se por um lado o maior acesso à informação, através da internet, pode fomentar a constituição de sociedade e relações sociais mais democráticas; por outro, pode gerar

¹² TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000. p. 5.

¹³ BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **Direito na Sociedade da Informação**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 62.

¹⁴ PERUZZO, Cícília M. Krohling. **Sociedade da Informação no Brasil: Desafio de tornar a internet de todos para todos**. In: PERUZZO, C.M.K. e BRITTES, J. (org.). **Sociedade da Informação e Novas Mídias: participação ou exclusão?**. São Paulo: Intercom, 2002. p. 47.

¹⁵ ALMEIDA, L. B. et al. **O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira**. *Revista de gestão e tecnologia e sistemas de informação*. Vol. 2, nº 1, 2005, pp. 55-67. ISSN online: 1807-1775.

uma nova lógica de exclusão e acentuar as desigualdades já existentes, assim utiliza a definição de sociedade da informação:

é um fenômeno global, com elevado potencial transformador das atividades sociais e econômicas, uma vez que a estrutura e a dinâmica dessas atividades inevitavelmente serão, em alguma medida, afetadas pela infra-estrutura de informações disponível. É também acentuada sua dimensão político-econômica, decorrente da contribuição da infra-estrutura de informações para que as regiões sejam mais ou menos atraentes em relação aos negócios e empreendimentos [...] Tem ainda marcante dimensão social, em virtude do seu elevado potencial de promover a integração, ao reduzir as distâncias entre pessoas e aumentar o seu nível de informação.¹⁶

Assim, pode-se concluir que a sociedade da informação se fundamenta na aceleração dos fluxos de informação, proporcionada pelos mecanismos tecnológicos de informação e comunicação, constituindo-se em um novo paradigma que oferece perspectiva de avanços significativos para a vida individual e coletiva, elevando o patamar dos conhecimentos gerados e utilizados na sociedade, oferecendo o estímulo para constante aprendizagem e mudança, facilitando a diversidade e deslocando o eixo da atividade econômica ampliando uma proposta inevitável, de construção do mundo globalizado.

2. LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E SUA IMPORTÂNCIA NO MUNDO DIGITAL

Denominada como Lei Geral de Proteção de Dados, ou então, LGPD, esta apresenta um grande marco pois tem por seu principal objetivo a proteção dos direitos de liberdade e de privacidade, criando normas que devem ser seguidas por quem recebe dados pessoais e/ou dados sensíveis, ou seja, ela impõe o tratamento deles de uma maneira correta, sem que haja exposição e o vazamento dos mesmos, garantindo a proteção para o portador desses dados, onde pode ser pessoa física ou pessoa jurídica.

Existem dois tipos de dados, os quais se diferenciam e apresentam suas próprias características. O dado pessoal é caracterizado por qualquer informação relacionada à pessoa natural identificada ou identificável, direta ou indiretamente um indivíduo, como exemplos podemos citar o nome ou o número de telefone. Já o dado pessoal sensível é aquele, que remete a uma informação com caráter discriminatório e, por portarem essa característica em específico, devem ser tratados com mais cuidado ainda, nesse caso podemos citar a religião, origem racial ou até mesmo a opinião política.¹⁷

¹⁶ TAKAHASHI, Tadao. **Sociedade da informação no Brasil: livro verde**. p. 5

¹⁷ CEARÁ. Tribunal de Justiça do estado de. **LGPD: Dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado**. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/lgpd/lgpd-dados-pessoais/>>. Acesso em: 05 de nov. de 2022.

Aplicada tanto para pessoas físicas quanto para jurídicas, podendo ser pública ou privada, serve para que empresas ou entidades que tenham dados de outras pessoas, sejam mais responsáveis e transparentes quando a questão for o manejo de dados que se referem a outrem.

18

A Lei 13.709/18 disciplina três figuras importantes para que ocorra o manejo correto da proteção dos dados: o controlador, o operador e o encarregado de dados. De acordo a lei, art. 5º, incisos VI a VII:

Art. 5º Para os fins desta Lei, considera-se: VI - Controlador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais; VII - Operador: pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador; VIII - encarregado: pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD).¹⁹

O controlador, segundo a LGPD, possui algumas atribuições, como garantir que o tratamento dos dados estejam de acordo, buscar o consentimento por escrito da pessoa portadora desses dados e provar que este foi obtido conforme regra, e até mesmo indicar o encarregado pelo tratamento dos dados.²⁰

Ao operador, cabe a manutenção dos registros, o tratamento dos dados partindo de informações e orientações do controlador e também, a adoção de medidas para garantir todas as medidas de segurança cabíveis de acordo com a lei.²¹

Por terem uma relação muito direta e, por muitas vezes, terem o mesmo trabalho, é de extrema importância que exista cláusulas que especifiquem e evidenciem as funções de ambos.²²

As principais atribuições do encarregado são (§ 2º do art. 41):

I – Aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos e adotar providências; II – Receber comunicações da autoridade nacional e adotar providências; III – orientar os funcionários e os contratados da entidade a respeito das práticas a serem

¹⁸ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**. Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)**.

²⁰ OLIVEIRA, Denis Lima De. **Agentes de tratamento de dados pessoais e encarregado: guia prático sobre suas atribuições, responsabilidades e boas práticas**. p. 36.

²¹ OLIVEIRA, Denis Lima De. **Agentes de tratamento de dados pessoais e encarregado: guia prático sobre suas atribuições, responsabilidades e boas práticas**. p. 50.

²² OLIVEIRA, Denis Lima De. **Agentes de tratamento de dados pessoais e encarregado: guia prático sobre suas atribuições, responsabilidades e boas práticas**. p. 51.

tomadas em relação à proteção de dados pessoais; e IV – Executar as demais atribuições determinadas pelo controlador ou estabelecidas em normas complementares.²³

Em seu artigo 8º, a LGPD, faz com que o controlador tenha os dados a partir do consentimento da parte e, que essas informações tenham sido obtidas dentro dos parâmetros legais. O consentimento, segundo o próprio artigo, “deverá ser fornecido por escrito ou por outro meio que demonstre a manifestação de vontade do titular” e caso sejam violadas as regras, aplica-se o inciso IV do artigo 15, o qual diz que o tratamento dos dados pode ser interrompido através de determinação da autoridade nacional.

A lei nº 13.709/18, também, define a responsabilidade de quem coleta os dados e aplica penalidades quando ocorrer falhas de segurança quando dados alheios vazam, ou seja, garante maior transparência e objetividade. As penalidades podem passar pela responsabilidade civil por conta dos danos causados e pode, até mesmo, chegar a sanções administrativas. Ocorre também aplicação de multa, a qual pode chegar a um valor de 50 milhões de reais por cada ato de infração. A sanção em esfera cível, por si, não exclui a possibilidade de existir sanções administrativas aplicáveis através da autoridade nacional.²⁴

Além de se fazer presente a LGPD, no ano de 2019 foi criada, através da Lei nº 13.853, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Definido como um órgão é responsável por “zelar pela proteção dos dados pessoais, nos termos da legislação.”²⁵

Através da criação e entrada de vigência da chamada Lei Geral de Proteção de Dados, dá-se a segurança para todo e qualquer consumidor de maneira online, o qual pode ter seus dados em bancos de dados de diversas empresas, as quais são responsáveis pela segurança e transparência deles e, caso não seja cumprida, a lei estabelece penalidades às entidades que acabam por colocar em risco os dados.

3. A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

Os princípios gerais do Código de Proteção e Defesa do Consumidor revelam uma integração com valores da dignidade humana e da justiça social consagrados pela Constituição Federal de 1988, a qual recepcionou a defesa do consumidor como direito fundamental, inserindo sua proteção entre os princípios da atividade econômica.

²³ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).**

²⁴ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).**

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD).**

Filomeno, destaca que o direito do consumidor se trata de um ramo do direito que dispõe de princípios próprios e norma específicas (responsabilidade pelo fato do produto e do serviço, inversão do ônus da prova, declaração de nulidade de cláusulas abusivas, tutela coletiva dos consumidores, etc.), que visam à efetiva proteção e defesa dos interesses e direitos dos consumidores.²⁶ Garcia, preleciona que: “Trata-se de um verdadeiro *microssistema jurídico*, em que o objetivo não é tutelar os iguais, cuja proteção já é encontrada no Direito Civil, mas justamente tutelar os desiguais, tratando de maneira diferente fornecedor e consumidor com o fito de alcançar a igualdade.”²⁷

Claudia Lima Marques ainda cita que, o CDC estabeleceu amplo rol de institutos do Direito e seus princípios e garantias para a proteção do consumidor e da relação de consumo harmonizada, destacam-se alguns princípios que buscam afastar a vulnerabilidade do consumidor, como a boa fé, a transparência, confiança, a informação entre outros, colidindo sempre nos artifícios dos fornecedores, que tem interesse em manter o status da sociedade de consumo.²⁸

Segundo Marques, a confiança é o princípio inerente de todo o direito, sendo um elemento básico comum da vida em sociedade, onde se destaca a existência de uma crise de confiança, fruto da sociedade pós-moderna, que dispensa uma apuração de uma nova dogmática com preocupações mais sociais, necessitando de uma resposta de valorização do paradigma da confiança.²⁹ Logo, o princípio da confiança no Código do Consumidor visa garantir o equilíbrio das obrigações contratuais e inibir a adoção de cláusulas abusivas, garantindo ao consumidor a adequada proteção em virtude de sua vulnerabilidade.

Enquanto isso para Rafael Martins, confiar é inevitável nas relações sociais e quem confia coloca-se constantemente em posição vulnerável dentro de uma relação jurídica.³⁰ Dessa forma, ao proteger a confiança, o ordenamento jurídico não garante apenas a segurança e a confiabilidade nas relações, mas fortalece a própria confiança no ordenamento jurídico. O Código de Defesa do Consumidor é exemplo de proteção da confiança nas relações de consumo em

²⁶ FILOMENO, José Geraldo Brito. **Curso fundamental de direito do consumidor**. São Paulo: Atlas, 2007. p. 4

²⁷ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008. p. 7.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. Revista do Direito do Consumidor nº. 57. São Paulo: Editora RT, 2006. p. 318-320,355.

²⁹ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**.p. 32.

³⁰ MARTINS, Rafael. Apontamentos sobre a confiança legítima no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ, A proteção da confiança do consumidor e a base do legítimo interesse na Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais)* v. 10, n. 40, p. 177-190, 2007. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_177.pdf>. Acesso em 07.nov. 2022.

decorrência da marcante vulnerabilidade do consumidor no mercado. Andreza Cristina Baggio, destaca:

embora não exista previsão expressa de proteção da confiança no Código de Defesa do Consumidor, esta lei encontra-se permeada de normas eminentemente protetivas, cujo intuito maior é o respeito às legítimas expectativas daqueles contratantes que considera em posição de desigualdade, ou de vulnerabilidade, no caso, o consumidor. Pode-se então dizer que o Código de Defesa do Consumidor é hoje um grande instrumento de tutela da confiança nas relações negociais dentro do ordenamento jurídico brasileiro, e que os contratos de consumo são verdadeiros negócios de confiança.³¹

Negreiros destaca que, entre os deveres anexos de conduta da boa-fé objetiva, o dever de informar, destaca-se como o mais importante, pois, a informação é fundamental para que os contratantes possam ser alertados sobre fatos intempestivos, os quais devem ser observados pelos contratantes, sob pena de ofensa à boa-fé objetiva.³²

O princípio da boa-fé objetiva constitui-se em regra de conduta, de comportamento ético, social imposta às partes, pautada nos ideais de honestidade, retidão e lealdade, no intuito de não frustrar a legítima confiança, expectativa da outra parte, tendo, ainda, a finalidade de estabelecer o equilíbrio nas relações jurídicas.³³

Segundo Leonardo de Medeiros Garcia, traduz-se em:

[...] 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, desde a sua criação, durante o período de cumprimento e, até mesmo, após a sua extinção.³⁴

Quanto ao princípio da informação, Marques sustenta que “o dever de informar passa a representar, no sistema do CDC, um verdadeiro dever essencial, dever básico [...] para a harmonia e transparência das relações de consumo.”

Hoje o contrato é informação, daí a importância de sua interpretação sempre a favor do contratante mais fraco e das expectativas legítimas nele criadas por aquele tipo de contrato. Neste momento, o elaborador do contrato e aquele que o utiliza no mercado de consumo [...] devem ter em conta o seu dever próprio de informar, que inclui o dever de redação clara e com destaque, além do dever de considerar a condição leiga do outro, evitando dubiedades na redação contratual.³⁵

Já o princípio da transparência referenciada por Marques, atua como um reflexo da boa-fé, que tem como objetivo e dever de agir com transparência, qualificando a informação fornecida de forma ampla ao consumidor, valorizando a clareza, lealdade, sinceridade e respeito.³⁶

³¹ BAGGIO, Andreza Cristina. **O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança**. São Paulo: Ed. RT, 2012. p. 99.

³² NEGREIROS, Teresa. **Teoria do contrato: novos paradigmas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 153-154.

³³ ROSENVALD, Nelson. **Dignidade humana e boa-fé no código civil**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 80.

³⁴ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência**. p.41.

³⁵ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. p. 229.

³⁶ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. p. 318-355.

A transparência impõe a qualificação da informação sobre aspectos relevantes durante as tratativas (fase pré-contratual) e, por conseguinte, no ato da contratação, sob pena de haver violação do princípio da transparência, por descumprimentos aos preceitos deste princípio.³⁷

Segundo Garcia, no que tange à vulnerabilidade do consumidor, importa destacar que a mesma é reconhecida como princípio disposto no artigo 4º, caput, I, do CDC, sustenta que a vulnerabilidade do consumidor será constatada a partir da análise do desequilíbrio técnico, jurídico e fático existente entre as partes:

[...] a vulnerabilidade técnica seria aquela na qual o comprador não possui conhecimentos específicos sobre o produto ou o serviço, podendo, portanto, ser mais facilmente iludido no momento da contratação. A vulnerabilidade jurídica seria a própria falta de conhecimentos jurídicos, ou de outros pertinentes à relação, como contabilidade, matemática financeira e economia. Já a vulnerabilidade fática é a vulnerabilidade real diante do parceiro contratual, seja em decorrência do grande poderio econômico deste último, seja pela sua posição de monopólio, ou em razão da essencialidade do serviço que presta, impondo, numa relação contratual, uma posição de superioridade.³⁸

Claudia Lima Marques, destaca, a vulnerabilidade informacional, como sendo a vulnerabilidade básica do consumidor, é um intenso fato de desequilíbrio que decorre da publicidade, o que leva o consumidor a ter a sua manifestação de vontade fragilizada, sendo dever do fornecedor compartilhar aquilo que somente ele sabe acerca do produto ou serviço, desde os primórdios de um processo de elaboração de bens até a definição de elementos negociais inseridos nos contratos entabulados com os consumidores.³⁹

A hipervulnerabilidade pode ser definida como uma situação social fática e objetiva de agravamento da vulnerabilidade da pessoa física consumidora, em razão de características pessoais aparentes ou conhecidas pelo fornecedor, essa espécie qualificada de hipervulnerabilidade é usada para indicar consumidores idosos, crianças, portadores de doenças física e mental e analfabetos, por isso, merecem atendimento e informações especiais devido a sua fragilidade.⁴⁰

Assim pode-se concluir que a oferta e apresentação de produtos e serviços pela internet, deve assegurar informações claras, corretas e precisas, sobre suas características, qualidades e quantidade, além de eventuais riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores, pois a globalização cria necessidade da atuação do estado para a proteção do indivíduo e,

³⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Proteção do consumidor no comércio eletrônico**. p.715.

³⁸ GARCIA, Leonardo de Medeiros. **Direito do consumidor**: código comentado e jurisprudência. p. 17.

³⁹ BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. **Manual de Direito do Consumidor**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 77.

⁴⁰ SCHMITT, Cristiano Heineck. **Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo**. São Paulo: Atlas, 2014. p. 233.

consequentemente, na sociedade da relação de consumo, já que a produção e a comercialização global de bens e serviços acarretam demanda de proteção aos consumidores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que o advento da globalização e a facilitação do consumo cria uma série de polêmicas decorrentes das relações de consumo. Desenvolve-se a proteção no ordenamento jurídico por meio do CDC e da LGPD para salvaguardar a confiança no direito digital, visto que o consumidor é considerado vulnerável por sua inferioridade negocial de maneira objetiva e genérica.

Logo a sociedade contemporânea vem passando por diversas transformações, repercutindo na garantia dos direitos fundamentais do elemento mais frágil das relações de consumo devido às novas tendências tecnológicas, em que o ser humano é forçado a enfrentar desafios desconhecidos no ambiente ao qual está imerso.

Com a necessidade de conferir maior proteção aos consumidores no ambiente digital, entrou em vigor a Lei Geral de Proteção de Dados, a qual submete empresas a cumprirem com maior transparência o correto uso de dados advindos de alheios, sem que estas os utilizem de uma maneira incorreta mantendo expostas informações confidenciais.

Conforme analisada a questão, a partir do CDC, o consumidor não se tornou menos vulnerável pois a simetria entre fornecedores e consumidores não se resolve apenas com a positivação dos direitos do consumidor. Cabe ao direito observar tais mudanças e buscar gerir as transformações de modo a garantir a segurança jurídica e a proteção da pessoa humana nesse novo cenário.

É imprescindível uma mudança na conduta da sociedade, principalmente partindo de fornecedores, para que se possa ter uma vivência harmônica e com a devida proteção aos dados referentes aos consumidores, pois o mercado, ao invés de contribuir para a superação da sua vulnerabilidade, na realidade, acaba por reforçá-la.

REFERÊNCIAS

ACIOLI, Carlos André Carvalho. Sociedade pós-moderna e suas novas tecnologias: como é difícil ser apenas humano. In: XXVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI PORTO

ALEGRE – RS, 27, 2018, Porto Alegre. Anais. Porto Alegre: CONPEDI, 2018. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/>>. Acesso em: 08 Nov. 2022.

ALMEIDA, L. B. et al. O retrato da exclusão digital na sociedade brasileira. Revista de gestão e tecnologia e sistemas de informação. Vol. 2, nº 1, 2005 ISSN online: 1807-1775.

BAGGIO, Andreza Cristina. O direito do consumidor brasileiro e a teoria da confiança. São Paulo: Ed. RT, 2012.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco. Atualidade do conceito Sociedade da Informação para a pesquisa jurídica. In: PAESANI, Liliana Minardi (coord.). Direito na Sociedade da Informação. São Paulo: Atlas, 2007.

BAUMAN, Zygmunt. Globalização: as conseqüências humanas. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BAUMAN, Zygmunt. Vida Para Consumo – A Transformação das pessoas em mercadorias – Ed. Jorge Zahar Editor, 2007.

BECK, Ulrich. O que é a globalização? Equívocos do globalismo respostas à globalização. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BENJAMIN, Antônio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. Manual de Direito do Consumidor. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2018]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm>. Acesso em: 09 nov. 2022.

CARVALHO, Victor Miguel Barros de. O Direito fundamental à privacidade ante a monetização de dados pessoais na internet: apontamentos legais para uma perspectiva regulatória. 2018.145 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/26851/1/Direitofundamentalprivacidade_Carvalho_2018.pdf>. Acesso em 04. nov. 2022.

CASTELLS, M. A sociedade em rede. 4. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CASTRO, Ferreira de Fabiano. O CONTRIBUTO DAS BIBLIOTECAS DIGITAIS PARA APRENDIZAGEM NA WEB. DOSSIÊ TEMÁTICO Novas Tecnologias e Educação, [s. l.], 10 nov. 2022. Disponível em:

<<https://periodicos2.uesb.br/index.php/praxis/article/download/730/615/1204>>. Acesso em: 10 nov. 2022.

CEARÁ. Tribunal de Justiça do estado de. LGPD: Dado pessoal, dado pessoal sensível e dado anonimizado. Disponível em: <<https://www.tjce.jus.br/lgpd/lgpd-dados-pessoais/>>. Acesso em: 08 nov. 2022

FILOMENO, José Geraldo Brito. Curso fundamental de direito do consumidor. São Paulo: Atlas, 2007.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. Direito do consumidor: código comentado e jurisprudência. 4. ed. Niterói: Impetus, 2008.

GOUVEIA, L. M. B; GAIO, S. Sociedade da informação: balanço e oportunidades. Rio de Janeiro: Universidade Fernando Pessoa, 2004.

MARQUES, Cláudia Lima. Confiança no comércio eletrônico e a proteção do consumidor: um estudo dos negócios jurídicos de consumo no comércio eletrônico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MARQUES, CLÁUDIA LIMA. Proteção do consumidor no comércio eletrônico. Revista do Direito do Consumidor nº. 57. São Paulo: Editora RT, 2006.

MARTINS, Rafael. Apontamentos sobre a confiança legítima no Direito brasileiro. *Revista da EMERJ*, A proteção da confiança do consumidor e a base do legítimo interesse na Lei 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais). v. 10, n. 40, p. 177-190, 2007. Disponível em: <www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista40/Revista40_177.pdf>. Acesso em 07 nov. 2022.

MELO, José Marques de. A Muralha Digital: Desafios brasileiros para construir uma sociedade do conhecimento. In: PERUZO, C.M.K. e BRITTES, J. (org.). Sociedade da Informação e Novas Mídias: participação ou exclusão?. São Paulo: Intercom, 2002.

NEGREIROS, Teresa. Teoria do contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NUNES, Bruna Cardoso. OLIVEIRA, Camila. PESSOA, Cláudio Roberto Magalhães. Efeitos e projeções sobre a vigência da lei geral de proteção de dados (lgpd) e o papel do encarregado dos dados pessoais. Disponível em: <<https://www.infoaction.com.br/cont17>>. Acesso em: 10 nov. de 2022

OLIVEIRA, Denis Lima De. Agentes de tratamento de dados pessoais e encarregado: Guia prático sobre suas atribuições, responsabilidade e boas práticas. São Paulo. 2021.

PERUZZO, Cicília M. Krohling. Sociedade da Informação no Brasil: Desafio de tornar a internet de todos para todos. In: PERUZZO, C.M.K. e BRITTES, J. (org.). Sociedade da Informação e Novas Mídias: participação ou exclusão?. São Paulo: Intercom, 2002.

SCHMITT, Cristiano Heineck. Consumidores Hipervulneráveis: A proteção do idoso no mercado de consumo. São Paulo: Atlas, 2014.

SCHWERINGER, Ernesto Rene. A força da Publicidade na cultura do consumo - Comportamento do Consumidor - Identificando Necejos e Supérfluos Essenciais. Ed Saraiva. 2008.

ROSENVALD, Nelson. Dignidade humana e boa-fé no código civil. São Paulo: Saraiva, 2005.

TAKAHASHI, Tadao. Sociedade da informação no Brasil: livro verde. Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000.

Franciele Engelmann da Silva¹

Franco Scortegagna²

RESUMO

Este artigo tem por objetivo analisar a aplicabilidade da Lei nº 14.181/2021 e qual o efeito prático do Código de Defesa do Consumidor nas relações de consumo. Visto que o Brasil é um dos países mais endividados do mundo, a expansão e popularização do superendividamento (crédito) tornaram-se comuns na sociedade de consumo devido alguns meios facilitadores da busca de produtos e serviços. Após anos o CDC programou uma lei para atender as necessidades e preocupações da atual situação econômica que os consumidores se encontram, desta forma demonstraremos aplicabilidade e a implementação dos procedimentos previstos na Lei do Superendividamento nos procons e no judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: direito do consumidor; judiciário; oferta de crédito; Procon; relação de consumo; superendividamento.

ABSTRACT

This article aims to analyze the applicability of law 14.181/2021 and what is the practical effect of the Consumer Protection Code in consumer relations. Since Brazil is one of the most indebted countries in the world, the expansion and popularization of over-indebtedness (credit) has become common in the consumer society due to some means of facilitating the search for products and services. After years, the CDC has programmed a law to meet the needs and concerns of the current economic situation that consumers are in, in this way we will demonstrate the applicability and implementation of the procedures provided for in the Overindebtedness Law in the procons and in the judiciary.

KEYWORDS: consumer law; judiciary; credit offer; Procon; consumer relationship; overindebtedness.

¹Franciele Engelmann da Silva. Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. (168658@upf.br)

² Professor Orientador. Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS. fscortegagna@upf.br

INTRODUÇÃO

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.

Sendo o superendividamento um problema social, desencadeando no consumidor endividado vários transtornos psicológicos, baixa autoestima, depressão e até suicídio.

A Lei nº 14.181/2021, conhecida como Lei do Superendividamento, entrou em vigor em julho/2021 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 se agravar quando essas dívidas começaram a se acumular.

Na presente análise será abordado modelos de tratamento ao superendividamento em outros países, como exemplo para uma análise do texto legal da Lei nº 14.181/2021, bem como o fornecimento de crédito desenfreado, políticas públicas que podem combater o superendividamento, e a dificuldade da aplicação da lei.

O trabalho sustenta a importância da nova lei brasileira e do avanço social que ela significa, apontando seus limites de atuação na prevenção, conscientização e no tratamento eficaz do superendividamento de consumidores, mormente pela ausência da previsão de uma hipótese de perdão judicial de dívidas de consumidores em maior estado de vulnerabilidade.

1. SUPERENDIVIDAMENTO: HISTÓRICO, CAUSAS E PREVENÇÃO

O superendividamento é regido em várias partes do mundo, sobretudo nos países europeus como a França que já utiliza a muito tempo de lei específica para prevenir e tratar o problema. O Código de Consumo Francês, foi criado no ano de 1989 e pela sua valia e êxito em

sua aplicação, foi usado como suporte para a elaboração do projeto de lei pátrio que aborda sobre o tema.

Na perspectiva portuguesa, o superendividamento, chamado de falência ou insolvência, pode ser entendido como “a impossibilidade do devedor, de forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto das suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não possa fazê-lo no momento em que elas se tornarem exigíveis” (MARQUES, 2000, p. 2).

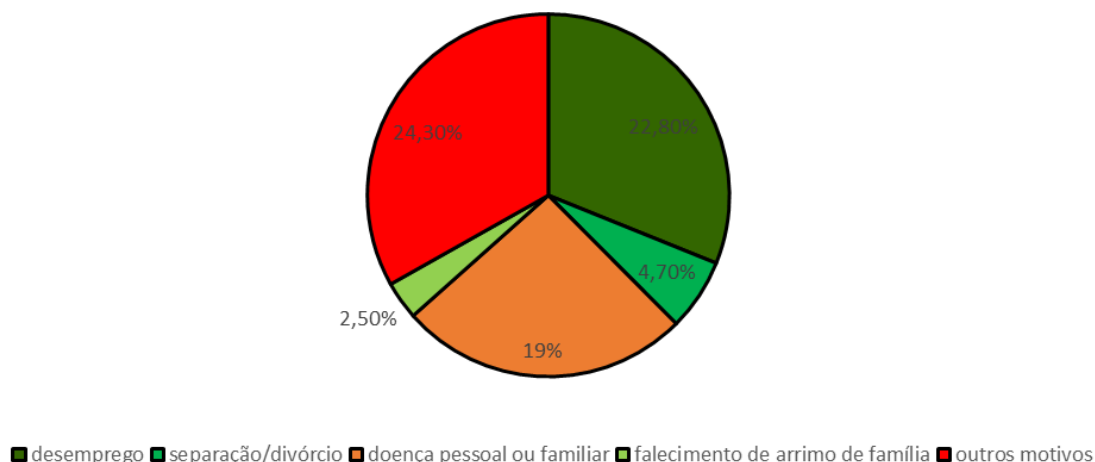
A lei francesa, intitulada II Código de Consumo Francês: lei de tratamento das situações de superendividamento foi elaborada com o objetivo de prevenção e tratamento dos casos dos consumidores pessoa física e de boa-fé que se superendividam e acabam sendo excluídos da sociedade de consumo.

O Desenvolvimento avançou no continente europeu adjunto com os acontecimentos provenientes da revolução industrial e o endividamento do consumidor pessoa física foi um assunto que ganhou visibilidade primeiro no cenário internacional. A França, país desenvolvido e de primeiro mundo, ao observar que a maioria do seu povo estava se endividando e ficando em situação de desespero financeiro, após intensos debates em seu parlamento, resolveu sancionar uma lei para tratar especificamente dos casos de superendividamento.

Cláudia Lima Marques organizou um estudo na Universidade Federal do Rio Grande do Sul com cerca 100 (cem) consumidores superendividados, dos quais resultados apontam para 36,2% de pessoas superendividados em razão da falta de emprego e 19,5% em virtude de alguma doença ou acidente. Em outra análise de dados produzida, foi exequível verificar que as grandes evidências de superendividamento referem-se ao tipo passivo de superendividamento, em que:

“2.486 casos atendidos até 2011 no Poder Judiciário do Rio Grande do Sul pelo Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento do Consumidor, verificando-se 22,8% de superendividamento causado pelo desemprego, 4,7% por motivo de separação/divórcio, 19% em razão de doença pessoal ou familiar, 2,5% em razão de morte de alguém que contribuía para o orçamento doméstico e 24,3% por outros motivos relacionados à redução de renda” (LIMA, 2014, p. 39).

Gráfico referente aos 2.486 atendimentos feitos em 2011 pelo Projeto de Tratamento das Situações de Superendividamento do Consumidor, no Poder Judiciário do RS



Nota-se que o superendividamento é um fenômeno global, principalmente dos países capitalistas, visto com sociedades de massas, onde o consumo é incitado a todo custo. Ainda que o debate sobre sua existência seja recente, o superendividamento não é um problema atual.

Nota-se que o superendividamento em nosso país, atinge cerca de 30 milhões de seres humanos, equivalente a 15% da população e, dessa forma pergunta-se como pode a república federativa do brasil esquecer os objetivos previstos no art.1º inciso I da CF que nos diz claramente que o objetivo da instituição é ter uma sociedade justa, livre e harmônica.

Contudo, é necessário definir o que vem a ser o superendividamento? Cláudia Lima Marques, (2010, p. 211) cita:

O superendividamento do consumidor é, na atualidade, um dos temas mais instigantes e socialmente relevantes, no que respeita à proteção do consumidor. Trata-se de um fenômeno social que assola, por fatores diversos, muitas das sociedades ocidentais, que se caracterizam como sociedades de consumo massificado. Todavia, tratar do superendividamento é tratar de um tema tão antigo quanto o próprio direito.

O que se compreende é que este fenômeno global, não atinge apenas pessoas em situação de vulnerabilidade, mas sim a coletividade. É um problema social. A sociedade torna-se subdividida pelo superendividamento. Se há um grande número de pessoas em situação de insolvência exacerbada, o consumo acaba diminuindo por consequência a oferta de emprego e renda, fazendo com que o desenvolvimento da sociedade como um todo seja atingido.

Em face do superendividamento, a indefensibilidade do consumidor deve estar um dos pontos mais fortes a serem considerados para a consolidação do seu tratamento, verificado que

ela é o elemento essencial de todo sistema de suporte das relações de consumo e o princípio norteador de todo o sistema consumerista.

Deste modo, pode-se afirmar que:

A vulnerabilidade é uma situação permanente ou provisória, individual ou coletiva, que fragiliza, enfraquece o sujeito de direitos, desequilibrando a relação de consumo. Vulnerabilidade é uma característica, um estado do sujeito mais fraco, um sinal de necessidade de proteção (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, p. 104).

Contudo, a vulnerabilidade é o elemento basilar quando a referência são as relações de consumo, tornando-se ela o início de partida de sua existência.

Nesse contexto, ensina Amaral Junior (1993, p. 28) que: O consumidor é vulnerabilizado pois não possui noções técnicas primordiais para a produção dos produtos ou para a fornecimento de trabalhos no mercado. Diante disto, o consumidor não se encontra em posição de avaliar, de forma correta, o estado de perfeição dos produtos e serviços.

Pondera (LIMA; BERTONCELO, 2010, p. 54) que o Superendividamento é visto como “fenômeno de massa capaz de desestabilizar a ordem política, econômica e social”

A inserção do crédito ao consumo no cenário se deu com a projeção do plano real e ampliada com o equilíbrio econômico e a confirmação de parte da população excluída do crédito do sistema nacional.

Desta forma, iniciou-se uma discussão sobre o acesso das classes baixas aos créditos, caracterizadas como classe "D".

No governo, entre 2006 e 2010, foi iniciada uma política de incitação ao crédito popular, tendo como consequência, a população de baixa renda absorvendo cerca de 17 bilhões de reais ofertados no mercado. Dispondo como amostra os dados do BNDES - Banco Nacional do Desenvolvimento, entre os anos de 2005 e 2006, cerca de 2,15 milhões de famílias subiram de classe. Observado também alguns dados se percebe que os aposentados estão sendo uma das classes mais prejudicadas sendo vítimas de publicidades enganosas e cativantes, bem como assédios por bancos e financeiras que disponibilizam créditos consignados, omitindo fatos e não informando de forma clara a forma e a quantia a pagar.

Devido a essa oferta progressiva e à publicidade maciça, há necessidade de observância do art. 6º, IV, do CDC10, que proíbe o abuso de direito, impondo a transparência e boa-fé em todas as relações de consumo. No sistema do CDC, a transparência, a informação correta, está diretamente ligada a uma relação de confiança, de maneira que a boa-fé é peça obrigatória na interação - antes e depois de estabelecido o contrato - entre consumidor e fornecedor (BENJAMIN; MARQUES; BESSA, 2013, p. 75).

Portanto, Nunes (2012, p. 181) entende a boa-fé disposta no CDC como sendo de natureza objetiva, correspondendo, pois, a:

Uma regra de conduta, isto é, o dever das partes de agir conforme certos parâmetros de honestidade e lealdade, a fim de se estabelecer o equilíbrio nas relações de consumo. Não o equilíbrio econômico, como pretendem alguns, mas o equilíbrio das posições contratuais, uma vez que, dentro do complexo de direitos e deveres das partes, em matéria de consumo, como regra, há um desequilíbrio de forças. Daí que, para chegar a um equilíbrio real, o intérprete deve fazer uma análise global do contrato, de uma cláusula em relação às demais. (NUNES, 2012, p. 181).

Considerando que os bancos não correm perigo, pois realizam o desconto da prestação dos empréstimos do valor do benefício pago ao aposentado ou pensionista. De acordo com as pesquisas do CNC, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo, é possível perceber que o percentual de famílias com dívidas aumentou, o percentual de famílias com dívidas chega a 70% e o Brasil atinge o maior nível em 11 anos, aponta CNC.

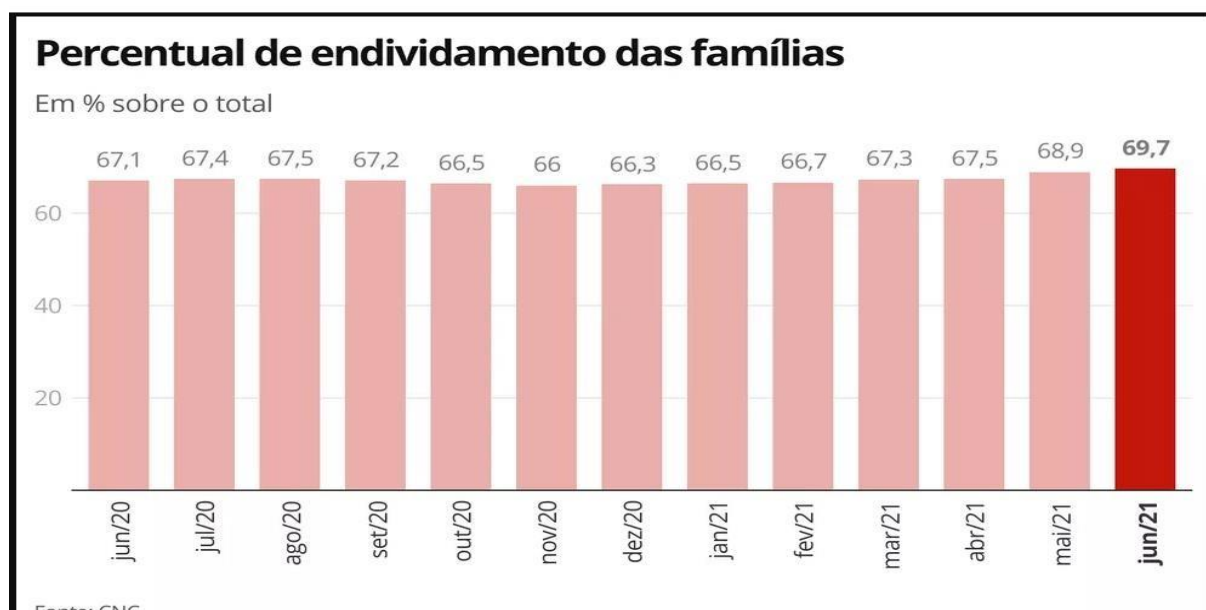
O mês de junho obteve um percentual superior de famílias endividadadas no Brasil desde 2010.

O 1º semestre do ano de 2021 chegou ao fim com **69,7% das famílias brasileiras endividadadas**, aumento de 1,7% relacionado a maio e de 2,5% se comparado a junho de 2020. Pela segunda vez consecutiva a inadimplência aumentou.

A proporção de famílias que declaram que não poderão pagar contas ou dívidas e que permanecerão em pagamento também aumentou de 10,5% para 10,8% por boleto mensal. O indicador está, no entanto, 0,8% abaixo do observado em junho de 2020.

Ainda que os indicadores de inadimplência sejam mais fracos na comparação anual, os números mostram que as famílias estão mais endividadadas ao longo do ano para manter um certo nível de consumo, sustentado por uma frágil situação mercado de trabalho e altos preços de bens essenciais”

Tabela 1 – Gráfico percentual de endividamento das famílias.³



O consumo descontrolado é impulsionado pelo desejo de aprovação social, onde a riqueza é a medida do sucesso pessoal, o consumo material é o caminho para encontrar o ideal, em uma competição interpessoal irrestrita em que muitas pessoas não gastam nada, para comprar coisas que não precisam, para impressionar estranhos. O “ser” é superado pelo “ter”, mas hoje em dia não basta “ter”, é preciso também “ver”.

“Ser consumidor é ser humano. Ser consumidor é alimentar-se, vestir-se, divertir-se...é viver” (KARSAKLIAN, 2009, p. 13).

2.1. Sociedade de consumo

Falar que no momento atual convivemos em uma sociedade de consumo é prolixo, porque efetivamente em uma menor proporção, a sociedade Brasileira não deixou de ser consumista. A comercialização é um dos motivos que determinam a sociedade atual, produtos e serviços possuem um significado maior para o consumidor, levando em seu proveito valores materiais e simbólicos. As divisões estão sendo desassociadas levando em conta seus níveis de consumo, gerando por meio de produtos, o arquétipo da personalidade de seus consumidores, perante a sociedade. (VICENZI TAIS, 2012)

Segundo Zygmunt Bauman, ao passo que a sociedade dos nossos antepassados era uma sociedade que produzia, a pós-moderna é uma sociedade que consome, ajusta-se como apoio

³ Fonte: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2021/07/01/percentual-de-familias-com-dividas-chegaa-70percent-e-brasil-atinge-o-maior-nivel-em-11-anos-aponta-cnc.ghtml>

do nosso sistema cultural e o indivíduo é visto como consumidor. Destaca-se que consumo e consumismo são posicionamento diversos, sendo consumo uma condição humana, algo contínuo na nossa sociedade e uma movimentação de sobrevivência que os seres humanos partilham, em contrapartida o consumismo envolve testar nossos desejos a fim de desenvolver uma atividade que conserve a economia do lugar em que habitamos. A partir disso o autor acrescenta:

O consumo é uma condição, e um aspecto, permanente e irremovível, sem limites temporais ou históricos; um elemento inseparável da sobrevivência biológica que todos nós humanos compartilhamos (...) Enquanto consumismo é "Nossa capacidade de 'querer', 'desejar', 'ansiar por' e particularmente de experimentar tais emoções repetidas vezes de fato passou a sustentar a economia. (BAUMAN, 2007, p. 37 e 39).

Desde sempre, existe uma batalha incessante entre a indústria e o consumidor, que desde o momento que começa a ter acesso aos produtos, serviços e principalmente a informação passa a desenvolver vontades a bens necessários e bens desnecessários que essencialmente lhe conduzem felicidade momentânea ou lhe dar a impressão de evoluir socialmente pelo conglomerado de bens.

Entende Schweriner (2008, p. 8) que: todo produto, caracteriza, na verdade, a materialização de vontades e das demandas humanas, a satisfação, a realização de suas privações e anseios, tanto físicas quanto psíquicas".

É inequívoco que o indivíduo se encontra envolvido por uma sequência de fatores que instigam o consumo, de ordem cultural, social, pessoal e psicológica. O que mais afeta na sociedade de consumo é a evolução da área tecnológica que cria novas necessidades ao consumidor e faz com que alguns produtos antes mesmo de ser lançados se tornem uma necessidade.

A racionalidade do mercado é que haja uma grande movimentação de dinheiro e com isso cria-se uma regra de novas necessidades.

A maioria dos bens valiosos, perde seu brilho e sua atração com rapidez, e se houver atraso eles podem se tornar adequados apenas para o propósito de lixo, antes mesmo de serem desfrutados (BAUMAN, 2007, p.45).

2.1.1 Globalização, consumismo e fornecimento de crédito

O superendividamento no Brasil iniciou-se no ano de 1990, em virtude do equilíbrio financeiro, intensificação e exórdio econômico, além da privatização, assim, ocorreu um aumento considerável na economia brasileira. Por este motivo, os incentivos para liberação de crédito e consumo de bens e serviços, também expandiram consideravelmente (OLIVEIRA, 2016, p. 69 apud SILVA, 2017, p. 8).

O aumento desordenado de endividamento provoca uma instabilidade considerável na economia globalizada, tendo potencial para ser causador de um colapso mundial. Ainda, é importante destacar que o fornecedor tem como responsabilidade a colaboração, devido ao princípio da boa-fé, desse modo a impulsionar as relações consumeristas impedindo que os consumidores incidam numa situação de superendividamento (FRANCO, 2012, p. 6046).

A globalização e a evolução do mundo digital neoliberal finalmente deram origem a uma ideologia massiva baseada nas relações de consumo, vista como uma anomalia causada pelas mazelas alimentadas pelo consumo desenfreado, indicando um retrocesso na evolução humana, em que há uma perda da identidade pessoal à custa de um grupo, ou melhor, a inclinação do grupo para obter satisfação pessoal para ter razão.

Para tanto, Faria define a globalização como a “transnacionalização dos mercados de insumos, produção, capitais, finanças e consumo” (1999, p. 13). Segundo Baumann:

Para alguns, “globalização” é o que devemos fazer se quisermos ser felizes; para outros, é a causa da nossa infelicidade. 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! (1999, p. 7).

O endividamento excessivo do consumidor torna-se um transtorno social comprometendo o mínimo necessário para a sobrevivência de um indivíduo, afetando sua dignidade, colocando-o em situação de exclusão.

Nesse contexto, outro problema é a adversidade na administração do sustento e da qualidade de vida da família, uma vez que os credores (usando os direitos legalmente autorizado a eles), solicitam a penhora de bens, o bloqueio das contas bancárias, causando a impossibilidade do indivíduo manter o sustento da família e por isso, torna-se uma situação estressante e psicologicamente grave para os consumidores que são devedores (LIMA, 2014, p. 40).

Este é um problema social, pois mais e mais pessoas não conseguem pagar suas dívidas da maneira originalmente acordada pela concessão de crédito conveniente. O endividamento excessivo dos consumidores precisa ser efetivamente enfrentado pelo Estado e pela sociedade por meio de uma lei que traga segurança jurídica na prevenção e no tratamento, com vistas à criação de um mercado de consumo que garanta o desenvolvimento econômico relacionado ao respeito à dignidade humana. (EL KADRI; ESPOLADOR, 2012, p.15)

De acordo com a teoria volitiva chamada “controle do impulso”, mostra que é comum os consumidores agirem de forma instintiva, sem planejamento algum. ademais, termina-se não observando os riscos ou até mesmo o êxito da obtenção de um crédito, de forma que deduzindo

que permaneceram no emprego ou que a economia se manterá constante, tendem a gastarem mais (LIMA, 2014, p. 36).

Afirma Geraldo de Faria Martins da Costa (2006, p. 231) que a oferta exacerbada de crédito “proporciona um grande aumento da produção, mas causa o sofrimento social do indivíduo superendividado”.

E por quais motivos o consumidor superendividado necessita ter sua proteção reconhecida? São vastos os motivos, mas o principal é a preservação da dignidade da pessoa humana, pois o consumidor que se encontra com vastas dificuldades econômicas tem sua dignidade atingida (FRANCO, 2012, p. 6045).

A carência de informação e de educação financeira contribui de forma significativa aumentando o risco de superendividamento. O déficit de educação financeira torna os consumidores mais passíveis ao endividamento, sendo que, dificulta a compreensão e o bom uso das informações recebidas na avaliação e decisão pela contratação de crédito de forma racional (LIMA, 2014, p. 36)

Indiscutivelmente, “uma das razões para a expansão das linhas de crédito é, sem dúvida, que os bancos e outras instituições financeiras equivalentes têm pouca ou quase nenhuma supervisão estatal”. (ALVES; SILVA, 2015, p. 305)

A probabilidade de conseguir crédito de forma fácil aumenta muito, e o consumidor acaba conseguindo crédito sem uma análise de sua capacidade financeira, resultando em endividamento excessivo.

Assim, de acordo com os §1º e §2º do art. 37 o fornecedor de verificação é obrigado a estar atento às regras da fase pré-contratual, nomeadamente que é imprescindível o cumprimento dos princípios da informação, transparência e integridade. O CDC, em seu art. 37 traz regras para controle de anúncios. Portanto, os fornecedores são obrigados a manter as informações seguras para seus consumidores e proteger os indivíduos falsas promessas e comportamentos que enganam os consumidores para eliminar qualquer engano ou falha de comunicação (MARQUES, 2005a, p. 224 apud CÂMARA, 2011, p. 12).

Todas as medidas são importantes para que o consumidor conheça todas as suas obrigações antes de assinar o contrato, para que possa verificar sua real capacidade de pagar o contrato e planejar financeiramente sua renda de acordo com o valor total que será comprometido. Claro que, com informações transparentes, sua decisão de optar por um contrato de crédito é mais livre, reflexiva e consciente. (CÂMARA, 2011, p. 13).

Conforme exposto, todos os fornecedores devem condizer solidariamente face ao consumidor, envolvimento possuam aproximação com a função ou com a publicidade abusiva,

independente da decomposição de culpa, pelos danos decorrentes do forçamento das normas consumeristas (CAMARA, 2011, p.13). Portanto, os fornecedores devem estar atentos em render-se todos os comandos legislativos, pois em tese de crédito, a tutela do consuntivo tem, entre outros objetivos, a salvaguarda da gravidade desse sujeito, evitando a sua supressão conversável e econômica e, por conseguinte, prevenindo o superendividamento.

3. AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO SUPERENDIVIDAMENTO

Constituição Federal do Brasil, promulgada em 1988, cita no rol de direitos e garantias fundamentais, que o Estado promoverá na forma da lei, a defesa do consumidor. No inciso XXXIII do artigo 5º, a proteção jurídica do consumidor, transcendeu a direito fundamental. Importante reforçar que mais que ser um direito fundamental, a defesa do consumidor foi também regulamentada pela Constituição de 1988, no artigo 170 como princípio geral da atividade econômica, orientando a ordem econômica e financeira ao lado de princípios como a propriedade privada e sua função social, a livre concorrência, a defesa do meio ambiente e a redução das desigualdades regionais e sociais.

Nota-se que ao impulsionar a defesa do consumidor, o Estado assegura a exigibilidade de outros direitos fundamentais como liberdade, integridade, além de proporcionar uma sociedade livre, justa e solidária. É importante frisar que o direito fundamental à proteção jurídica do consumidor molda-se sob aspectos diferentes, visto que, age tanto na tutela da vida e da integridade física, quanto na tutela a sua igualdade e liberdade de escolha. Há uma preocupação constante com a tutela do consumidor, e com as políticas públicas que devem ser executadas para isso. Colabora com esta afirmação o Decreto nº 7.963, de 15 março de 2013, que implementa o Plano Nacional de Consumo e Cidadania (Plandec), que tem como finalidade de incluir e promover políticas, programas e ações para fortalecer a defesa e proteção do consumidor. No lançamento do Plandec, a Presidente Dilma Rouseff afirmou que o objetivo era “transformar a proteção do consumidor de fato em uma política de Estado”. (ROUSEFF, 2013). Evidentemente, a importância da introdução de políticas públicas, que como citado no decreto publicado, atuam a partir de três eixos: prevenção e redução de conflitos, regulação e fiscalização e fortalecimento do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

Destacam Huáscar Pessali e Fabiano Dalto que o crescimento econômico é fundamental para o desenvolvimento econômico, mas não lhe é sinônimo ou condição necessária e suficiente.

O incentivo ao consumo segue sendo a principal justificativa do Estado para urgir a economia do país e afastar a queda do desenvolvimento econômico e a crise.

Como citado anteriormente, mostra-se natural a questão do superendividamento populacional, principalmente da população de baixa renda, e a decorrente falta de condições de aparatos mínimos para a sobrevivência do consumidor.

O tópico de políticas públicas torna-se essencialmente importante neste artigo devido ao tema do superendividamento que é ainda mais relevante em decorrência do Projeto de Lei do Senado Federal nº 283 de 2012, aprovado no Congresso Nacional, para reforma do Código de Defesa do Consumidor (CDC) que, de forma minuciosa, trata da necessidade da “instituição de mecanismos de prevenção e tratamento extrajudicial e judicial do superendividamento e de proteção do consumidor pessoa física, visando a garantir o mínimo existencial e a dignidade humana”

Esse projeto de pesquisa contribui de forma simples, para uma melhor ponderação do papel do Estado, que deve se resumir não apenas no incentivo ao consumo para o crescimento econômico, como também na retificação dos desequilíbrios sociais, através de políticas públicas para evitar o superendividamento da população.

Além disso, foi criado no ano de 2003, um sistema informatizado que integra processos e procedimentos. O Sistema Nacional de Informações de Defesa do Consumidor (SINDEC), na linha do que determinam os artigos 105 e 106 da Lei nº 8.078.

O SINDEC é uma política pública que, por meio de um conjunto de soluções tecnológicas, integra o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor. [...] Ele permite o registro dos atendimentos individuais a consumidores, a instrução dos procedimentos de atendimento e dos processos de reclamação, além da gestão das políticas de atendimento e fluxos internos dos Procons integrados (PORTAL MJ, 2014a)

Esse instrumento é a ferramenta de trabalho, onde os PROCONS do Brasil registram as reclamações dos seus consumidores, dessa forma é possível realizar um cadastro nacional com perfis dos consumidores, demandas e empresas reclamadas.

Há também o Consumidor.gov.br o qual é um serviço público e gratuito que permite a interação direta entre os consumidores e as empresas para solução de conflitos de consumo pela internet. O serviço é monitorado pela Secretaria Nacional do Consumidor - Senacon - do Ministério da Justiça, Procons, Defensorias Públicas, Ministérios Públicos, Agências Reguladoras, entre outros órgãos, e também por toda a sociedade.

O contato com o consumidor.gov, funciona da seguinte maneira, O consumidor verifica se a empresa contra a qual quer realizar uma reclamação está cadastrada no site. O consumidor registra sua reclamação e a empresa tem até 10 dias para analisar e responder. Em seguida, o consumidor tem até 20 dias para comentar e avaliar a resposta da empresa, informando se sua

reclamação foi *Resolvida* ou *Não Resolvida*, e ainda indicar seu nível de satisfação com o atendimento recebido.⁴

4. APLICAÇÃO DA LEI DO SUPERENDIVIDAMENTO NA ESFERA EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL.

Com o objetivo principal de regular as concessões de crédito e viabilizar a negociação coletiva de dívidas com os credores, criando a possibilidade de conciliação coletiva entre o consumidor pessoa física e seus credores. A lei deixa implícito quais modalidades de negociações se enquadram na conciliação coletiva, como por exemplo: operações de crédito, compras parceladas, e contas de consumo básico.

Diante disso, a lei definiu também que as operações como, financiamento de imóveis, empréstimos com garantia real ou endividamento por compras de luxo não se enquadram para entrar no bloco da negociação.

O consumidor pode realizar a negociação de todas as suas dívidas ao mesmo tempo, tratando se de uma repactuação de dívidas, com os credores presentes e tratando de procedimento amigável.

Com a negociação em bloco, o devedor consegue empregar uma única fonte de remuneração para quitar as contas em aberto. Para que a revisão dos contratos aconteça, o indivíduo superendividado deve se dirigir ao Tribunal de Justiça de seu estado. Ainda existe a possibilidade de valer-se aos órgãos do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor, bem como o Procon, a Defensoria Pública e o Ministério Público.

O consumidor tem que demonstrar aos credores um plano de pagamento com termo máximo de cinco anos. Se não houver concordância entre as partes, cabe ao juiz determinar prazos, valores e formas de restituição.

possibilidade de repactuação das dívidas não se aplicará, contudo, àquelas adquiridas dolosamente, sem propósito de pagamento por parte do consumidor; e aos contratos com garantia real, financiamento imobiliário e crédito rural.

O plano de pagamento apresentado deverá conter proposta de dilação de prazo para pagamento e redução de encargos; suspensão ou extinção de eventuais ações judiciais de cobrança que estiverem em curso; data de exclusão do nome do consumidor do cadastro de inadimplentes e o compromisso de que o consumidor tomará todas as cautelas necessárias para não agravar sua situação financeira (artigo 104-A, §4º). Em caso de não comparecimento

⁴ <https://www.consumidor.gov.br/pages/principal>

injustificado de quaisquer dos credores, poderá ser declarada a suspensão da exigibilidade de seu crédito, a interrupção dos encargos de mora; sujeição compulsória ao plano e este ficará por último na fila de pagamento (artigo 104-A, §2º).

A homologação do acordo de repactuação e pagamento das dívidas terá força de título executivo judicial transitado em julgado (artigo 104-A, §3º) e não importará em reconhecimento de insolvência civil, podendo ser repetida depois de dois anos, contados da liquidação das obrigações adquiridas no plano anteriormente homologado (artigo 104-A, §5º).

A lei autoriza o magistrado a impor sanções aos credores que não aceitarem a renegociação. Os credores que comparecerem à audiência, mas não toparem o acordo, podem ir para o fim da fila e só receber após quem fechou acordo com o devedor. Caso o credor nem sequer compareça à audiência, o juiz pode suspender a cobrança da dívida, das multas e dos juros enquanto durar o acordo.

A principal vantagem da negociação em bloco consiste no fato de que o inadimplente não precisará escolher qual dívida quitar. Ao incluir todos os débitos num mesmo plano de pagamento, acaba o impasse financeiro e psicológico de pagar uma dívida e faltar dinheiro para as demais. O programa, no entanto, está disponível apenas para dívidas ligadas a consumo, a contas domésticas e alguns débitos com instituições financeiras de pessoas físicas.

Essas são algumas das importantes modificações visando a resgatar a dignidade de pessoas que foram atingidas pelo mercado de consumo, por ignorância, imprudência ou incontinência de gastos, permitindo-lhes uma segunda chance, e auxiliar os credores a resgatar uma parcela do crédito que já consideravam perdido.

O fenômeno do superendividamento, já tratado na doutrina nacional, com destaque à obra da Prof. Cláudia Lima Marques, foi objeto de pesquisa empírica inédita no Rio Grande do Sul, sob sua coordenação, desenvolvido no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em conjunto com o Núcleo Civil da Defensoria Pública do mesmo Estado. (Dados da pesquisa no Item 1)

As proposições da pesquisa visavam a oferecer elementos ao Ministério da Justiça para a elaboração de um anteprojeto de lei acerca do tratamento das situações de superendividamento. Contudo, os resultados obtidos revelaram um cenário socialmente dramático indicador da necessidade de solução imediata, ainda na época com ausência de legislação especial.

A partir disso, o projeto-piloto foi instaurado no Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul, em duas Comarcas (Charqueadas e Sapucaia do Sul) situadas na grande Porto Alegre (Capital do Estado),

A proposta trata de mecanismos destinados à realização de acordos tanto em demandas já levadas à Justiça quanto em conflitos ainda não jurisdicionalizados. A estratégia visa a diminuir substancialmente o tempo de duração da lide, viabilizar a solução delas e de conflitos por intermédio de procedimentos simplificados e informais, reduzir o número de processos que se avolumam no Judiciário, alcançando, portanto, as ações em trâmite nos foros e as ocorrências que possam vir a se transformar em futuras demandas judiciais, concebidas como um mecanismo acessível a todo cidadão, enfrentando o gravíssimo fato da litigiosidade contida, por meios não adversariais de resolução de conflitos, da justiça participativa e coexistencial, levando-se, enfim, instrumentos da jurisdição às comunidades

A extensão do projeto-piloto às universidades objetiva o desenvolvimento da cultura de pacificação dos conflitos, como sugerido pelo Conselho Nacional de Justiça, incentivando os estudantes a destinar soluções alternativas aos conflitos, além de possibilitar a interação entre cursos de Direito, Psicologia, Assistência Social e Economia, pois o enfrentamento do superendividamento, concebido como fonte de exclusão social, violência doméstica, desagregação familiar e acréscimo das demandas judiciais, necessita da formação de equipes multidisciplinares. Da mesma forma, a atuação direta, no projeto-piloto, dos estagiários, pertencentes aos quadros das universidades conveniadas, permite o desenvolvimento da cidadania e o incremento dos princípios constitucionais previstos no artigo 1º da Constituição Federal, enquanto fundamentos do Estado Democrático de Direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, basicamente o superendividamento no Brasil aparece com a oferta de crédito para pessoas físicas. O assunto vem sendo debatido e fundamentado em vários países do mundo, com a finalidade de preservar um mercado de crédito sustentável, e possibilitar, uma vida íntegra ao devedor e sua família a fim de evitar a sua exclusão do mercado de crédito e da sociedade de consumo.

Possuem várias conceituações e diversos modos de identificação. O ponto de vista comum entre as conceituações é a impossibilidade do devedor de boa-fé de pagar todas suas dívidas presentes e futuras com sua renda e patrimônio.

Como citado no decorrer do trabalho, no Brasil o conceito é embasado no direito francês e norte americano. Haja vista que não tinha uma lei específica que regulamentasse o superendividamento, o tratamento era feito pelo direito comparado que possuíam filosofias divergentes e soluções diferentes para resolver os problemas do superendividamento.

A Lei nº 14.181/21 entrou em vigor em julho de 2021 permitindo uma forma do consumidor pessoa física realizar uma negociação de débitos semelhante ao das empresas em recuperação judicial. A lei buscou de forma minuciosa, a segurar mecanismos para repactuação das dívidas por meio de um plano de pagamento em bloco, que satisfaça o direito dos credores, sem causar ao devedor a humilhação e a indignidade.

O principal objetivo é disciplinar e regular a concessão de crédito possibilitando ao devedor a negociação coletiva de débitos com os credores, proporcionando uma conciliação coletiva entre o devedor pessoa física e seus credores. Visto que as dívidas em excesso, atingem o mínimo existencial comprometendo as necessidades básicas de um indivíduo, pois sem condições para sobreviver o consumidor coloca a própria vida em risco.

A norma protege o consumidor desse cenário horrendo. A lei determina que independente de qualquer revisão ou parcelamento dos valores o mínimo existencial deve ser preservado, isto é, o pagamento de energia elétrica, saneamento básico, moradia e alimentação.

Segundo o artigo 54-A §1º, a lei não determina valores mas define que o superendividamento conceitua-se como a impossibilidade manifesta de o consumidor pessoa natural, de boa-fé, pagar a totalidade de suas dívidas de consumo, exigíveis vincendas, sem comprometer seu mínimo existencial nos termos da regulamentação.

(Vide código de defesa do consumidor).

Com tudo não são todas as dívidas que podem ser incluídas nos planos de pagamentos, como por exemplo, financiamento de imóveis, empréstimos com garantia real, ou compra de itens de luxo. Ressalta-se que o financiamento de imóveis não entra no plano de pagamento pois o segmento imobiliário tem a garantia do bem em si.

O consumidor superendividado pode fazer a renegociação de todos os valores ao mesmo tempo fazendo uma repactuação das dívidas, tratando-se de um procedimento que conta com a presença de todos os credores.

Realizando a negociação em bloco o devedor usará uma única fonte de renda para quitar as dívidas em aberto. Para que isso aconteça o indivíduo deve procurar o tribunal de justiça do seu estado, bem como ainda é possível recorrer aos órgãos do sistema nacional de defesa do consumidor, como o Procon, defensoria pública, e o

ministério público. O devedor deverá apresentar aos seus credores um plano de pagamento com prazo de 5 anos. Caso não haja acordo entre as partes, cabe ao juiz determinar prazos, valores e formas de pagamentos.

Entretanto, essa possibilidade de repactuação de dívidas não se aplica, a aquelas adquiridas por dolo, ou seja, sem propósito de pagamento; e aos contratos com garantia real, financiamento imobiliário e crédito rural.

O plano que o consumidor apresentar deverá ter proposta de dilação de prazo para pagamento e redução de encargos; suspensão ou extinção de eventuais ações judiciais de cobrança, que estiverem em curso; data de exclusão do nome do consumidor do cadastro de inadimplentes e o compromisso de que o consumidor tomará cuidado para não agravar sua situação financeira. (Art. 104-A §4º)

Em caso de injustificadamente qualquer um dos credores não comparecer poderá ser decretada a suspensão da exigibilidade de seu crédito, a interrupção dos encargos de mora; sujeição compulsória ao plano e este ficará por último na fila de pagamento (Art. 104-A §2º).

A homologação de repactuação terá força de título executivo judicial transitado em julgado (Art. 104-A §3º), podendo ser repetida depois de 2 anos, contados da liquidação das obrigações adquiridas no plano anteriormente homologado e não importando em reconhecimento de insolvência civil. (Art. 104-A §5º).

A vantagem primordial da renegociação em bloco corresponde ao fato de que o consumidor inadimplente não escolherá qual dívida quitar. Ao inserir todas as dívidas em um mesmo plano de pagamento, acaba o obstáculo financeiro e psicológico de realizar o pagamento de um débito e faltar dinheiro para pagar os demais. Destaca-se que o programa está disponível apenas para dívidas interligadas ao consumo, contas domésticas e alguns débitos com instituições financeiras e pessoas físicas.

Diante do trabalho apresentado podemos ver algumas modificações importantes que a Lei nº 14.181/2021 nos trouxe com a intenção de resgatar a dignidade e até mesmo a sanidade mental das pessoas que foram abruptamente atingidas pelo mercado de consumo, por motivo de ignorância, imprudência ou incontinência de gastos, permitindo-lhes ter o direito de recomeçar, bem como resgatar uma parcela do crédito que os credores já consideravam perdida.

REFERÊNCIAS

ALVES JUNIOR, Edson Camara de Drummond. ***A busca da efetividade da dignidade da pessoa humana do consumidor superendividado no ordenamento jurídico brasileiro: discussões e soluções concretas para o tratamento do tema.*** Revista da Universidade Vale do Rio Verde, Três Corações, v. 15, n. 2, p. 306-331, 2017.

ALVES, Alexandre Ferreira de Assumpção; SILVA, Priscilla Menezes da. ***Superendividamento e seus efeitos sociais e econômicos para o consumidor e o empresário***: a necessidade premente de uma tutela jurídica específica para o problema. Pública Direito, Rio de Janeiro, 2015.

BATELLO, Sílvio Javier. *A (in)justiça dos endividados brasileiros: uma análise evolutiva*. In: CAVALLAZZI, Rosângela Lurnadelli. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). **Direitos do consumidor endividado**: superendividamento e crédito. São Paulo. RT, 2006. Cap. 8, p. 211-229 DIREITO DO CONSUMIDOR E O FENÔMENO DO SUPERENDIVIDAMENTO.

BAUMAN, Zygmunt (1999), *Globalização: As Consequências Humanas*. Rio de Janeiro: Editora Jorge Zahar. Tradução de Marcus Penchel, Página 8.

BAUMAN, Zygmunt. ***Vida para consumo***: A transformação das pessoas em mercadoria. Rio de Janeiro, Jorge Zahar Editor, 2007, 199 pág.

BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. ***Manual de direito do consumidor***. 6. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BERTOCELLO, Karen. LIMA, Clarissa Costa. ***Explicando o superendividamento em questões: perguntas e respostas***. In: BERTOCELLO, Karen. LIMA, Clarissa Costa. MARQUES, Cláudia Lima (Org.). *Prevenção e tratamento do superendividamento*. Ed. ENDC. 2010. Cap. 2, p. 39-48.

BOLETIM SINDEC 2021, **Defesa do**

Consumidor. Gov<https://www.defesadoconsumidor.gov.br/images/Biblioteca/boletin_sindec_2021WEB_1.pdf. Acesso em 03/06/2022.

BRASIL. ***Código de defesa do consumidor***. Lei nº 8.078 de 11/09/90. Brasília, Diário Oficial da União, 1990.

BRASIL. *Constituição (1988)*. ***Constituição da República Federativa do Brasil***. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAVALHEIRO, Patrícia. ***Os desafios do superendividamento e a nova lei que contou com a contribuição das magistradas do tjrs***. <<https://www.tjrs.jus.br/novo/noticia/diado-consumidor-os-desafios-do-superendividamento-e-a-nova-lei-que-contou-com-a-contribuicao-de-magistradas-do-tjrs>>. Acesso em 12/05/2022.

Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviço e Turismo. (2017). ***Pesquisa de endividamento e inadimplência do consumidor***. Brasília, DF.

COSTA, Geraldo de Faria Martins da. **Superendividamento: solidariedade e boa-fé**. In: MARQUES, Cláudia Lima; CAVALLAZZI, Rosângela Lunardelli (Coord.). *Direitos do Consumidor endividado: superendividamento e crédito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006. p. 230-254.

FRANCO, Marielza Brandão. **O superendividamento do consumidor: fenômeno social que merece regulamentação legal**. Revista do Instituto do Direito Brasileiro, [S.l.], ano 1, n. 10, p. 6033-6053, 2012.

Iglesias, F., & Pimenta, M. A. S. (2012). *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.

KARSAKLIAN, Eliane. **Comportamento do consumidor**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011
LIMA, Clarissa Costa de. *O tratamento do superendividamento e o direito de recomeçar dos consumidores*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

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.

NUNES, Rizzato. Art. 5º, XXXII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2013. p. 346-348.

OLIVEIRA, Érica Diniz. **Superendividamento: um panorama brasileiro**. In: PORTO, Antônio Maristrello et al. (Org.). *Superendividamento no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2016. v. 2. p. 69-95.

RUA, M. G. **Análise de políticas públicas: conceitos básicos**. In: RUA e CARVALHO (Orgs.). *O estudo da política: tópicos selecionados*. Brasília: Paralelo 15, 1998.

VICENZI, Taís. **A sociedade de consumo atual -um estudo sobre o mercado de luxo e a comunicação**. Ijuí. 2012 ,

RESUMOS – GT1 – DIREITO, ECONOMIA E SUSTENTABILIDADE

A APLICAÇÃO DE INCENTIVOS E SANÇÕES PREMIAIS COMO MEIO DE CONCRETIZAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Beatriz da Rosa Guimarães¹

Devido à incessável busca pela maximização de riquezas, a globalização e o desenvolvimento econômico contribuíram de forma acelerada para o atual estágio de crise econômica vivida pela humanidade. Se percebe a demanda por uma mudança de abordagem, através do diálogo entre diferentes campos do conhecimento, uma vez que os atuais mecanismos de gestão se mostram insuficientes à efetivação da proteção ao meio ambiente determinada pelo artigo 225 da Constituição Federal (1988), através da garantia de um “meio ambiente ecologicamente equilibrado” para as presentes e futuras gerações, impondo-se este dever de preservação ao Poder Público e à coletividade. Assim sendo, a presente pesquisa visou analisar a sustentabilidade para além da sua concepção ecológica, buscando também um panorama que leve em conta a Economia e o Direito, sobretudo no âmbito da Análise Econômica do Direito, com o propósito de incitar uma reflexão acerca da possibilidade de transformação nessas ciências através da visão multidisciplinar proposta, a fim de que se promova o equilíbrio ambiental, social e econômico. Explorando-se conceitos como o das externalidades, o da escassez e da incerteza, chegou-se à análise, com base na racionalidade e na Teoria dos Jogos, da possibilidade de, segundo o ótimo de Pareto, alcançar-se um equilíbrio entre o ótimo econômico e o ótimo ambiental, tendo em vista a aparente contrariedade entre desenvolvimento econômico e preservação ambiental. O modelo da escolha racional permite certa previsibilidade da conduta humana, enquanto estipula que os indivíduos sempre escolherão aquilo que lhe ofereça maior satisfação em uma ponderação custo-benefício, enquanto a Teoria dos Jogos estipula que o indivíduo racional considerará, de forma estratégica, também a conduta alheia (MACKAAY; ROUSSEAU, 2020). Com suporte nessas duas teorias, constata-se que os seres humanos visam a maximização de seu interesse próprio, podendo levar em conta também a conduta de outrem, de forma a ampliar a cooperação social. O Direito, por sua vez, pode limitar ou favorecer determinadas escolhas, de modo a alterar ou influenciar as estratégias dos indivíduos para que ajam em benefício do bem comum (SQUEFF; TIMM, 2019). Portanto, a função promocional do Direito, mediante a aplicação de incentivos e sanções premiais, conjuntamente com a função repressiva, pode fortalecer as ações benéficas por meio de normas

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo (UPF). Advogada. Contato: 165922@upf.br

jurídicas que tenham como escopo estimular condutas humanas ambientalmente sustentáveis. Além disso, a criação de uma cultura de proteção espontânea ao meio ambiente proporcionada por essas normas é um benefício imensurável. Ante o exposto, a partir da análise interdisciplinar realizada, verifica-se que, por meio da Economia, com o uso concomitante de instrumentos econômicos e jurídicos, é possível encontrar uma estratégia articulada entre as três ciências destacadas, em que a racionalidade do indivíduo se incline a um comportamento favorável ao desenvolvimento sustentável e à eliminação, ou ao menos diminuição, das externalidades negativas, de forma que o Direito possa criar estímulos que se vinculem à escolha racional dos indivíduos e torne a proteção ambiental efetiva, como é o caso da adoção de incentivos e sanções premiaias.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 nov. 2022.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. **Análise econômica do direito**. Tradução: Rachel Sztajn. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. Cardoso; TIMM, Luciano Benetti. Contribuições da Análise Econômica do Direito para a Proteção Ambiental: o caso para normas promocionais. NUSDEO, Ana Maria de Oliveira; TRENNEPOHL, Terence (coordenadores). *In: Temas de direito ambiental econômico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

BENEFÍCIOS E EMPRÉSTIMO CONSIGNADO UMA REALIDADE DISTINTA

Lara Muniz do Amaral¹

O Brasil passa por um momento de crise, momento este que foi intensificado com a pandemia da COVID - 19, com o objetivo de movimentar a economia, o Governo criou mecanismos para aquecer o mercado, exemplo disso foi o Auxílio Brasil que foi criado em abril de 2020. Ainda, foi sancionada a lei nº 14.431/22 que aumentou o limite de crédito consignado para a maioria dos assalariados e permite a contratação de empréstimo consignado pelos beneficiários que recebem o BPC (Benefício de Prestação Continuada), a RMC (Renda Mensal Vitalícia) e o Auxílio Brasil.

A referida lei é fruto da MP 1.106/2022 que definiu a margem em 45% consignável para quem recebe BPC ou RMV. Nestes casos 5% é reservado exclusivamente para operações com cartões de crédito consignado. Já para quem recebe o Auxílio Brasil, a margem consignável por empréstimos é de 40% do valor do benefício e a responsabilidade sobre a dívida não poderá recair sobre a União.

Porém, há de se pensar que os beneficiários dos referidos programas e benefícios, recebem tal valor para a própria subsistência e manutenção de sua saúde. Ainda vale ressaltar, que os destinatários são, na maioria das vezes, aposentados, pessoas com deficiência física e intelectual e até mesmo analfabetos e semianalfabetos, sendo assim a contratação desse tipo de empréstimos, sem a devida instrução pode gerar um endividamento em massa.

O país vive uma economia momentânea, pensada no agora e que esquece do amanhã, a população também é focada no imediatismo, o que é fomentado pela capacidade financeira que esse empréstimo pode gerar. O poder aquisitivo aumenta e dessa forma a impulsividade também. Com a pandemia, os preços dos bens de consumo aumentaram e de acordo com Bauman e Bordoni (2016, p.13):

O aumento do preço dos bens de consumo não apenas desvia recursos do investimento e do mercado de bens imóveis, ele também cria uma espécie de “síndrome de Titanic”, caracterizada por uma euforia contagiosa enquanto o país está afundando.

Porém, há preocupação de essa medida ser apenas de caráter eleitoreiro, tendo em vista o segundo turno das eleições e a queda das intenções de voto para o atual Presidente Jair Bolsonaro tornando a possibilidade de fazer empréstimo, um desvio de finalidade, pensando

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. E-mail: 168205@upf.br

nisso o Ministério Público e o Tribunal de Contas da União pediram a suspensão cautelar dos empréstimos consignados vinculados aos beneficiários do Auxílio Brasil, até que a corte de contas se manifeste definitivamente sobre o assunto.

Diante disso, nota-se a insegurança econômica lançada sobre a população o que promove o medo do que pode vir a acontecer dependendo do rumo dos fatos. Como visto o tema não é pacífico e ainda depende de uma manifestação definitiva da corte para que a verdadeira finalidade seja mostrada.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. **Estado de crise**. tradução Renato Aguiar. 1.ed.Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

CONSULTOR JURÍDICO. **O retrocesso desmedido da MP nº 1.106, de 17 de março de 2022**. Disponível em: [https://www.conjur.com.br/2022-ago-31/garantias-consumo-retrocesso-desmedido-mp-1106-17-marco-](https://www.conjur.com.br/2022-ago-31/garantias-consumo-retrocesso-desmedido-mp-1106-17-marco-2022#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201.106%20%5B8,de%20transfer%C3%AAncia%20de%20renda%20%5B9%5D>)

[2022#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201.106%20%5B8,de%20transfer%C3%AAncia%20de%20renda%20%5B9%5D>](https://www.conjur.com.br/2022-ago-31/garantias-consumo-retrocesso-desmedido-mp-1106-17-marco-2022#:~:text=A%20Medida%20Provis%C3%B3ria%201.106%20%5B8,de%20transfer%C3%AAncia%20de%20renda%20%5B9%5D>). Acesso em 16 out. 2022.

CORREIO BRAZILIENSE. **Entenda o que motivou o pedido de suspensão do consignado do Auxílio Brasil**. Disponível em:

<https://www.correiobraziliense.com.br/economia/2022/10/5045305-entenda-o-que-motivou-o-pedido-de-suspensao-do-consignado-do-auxilio-brasil.html> Acesso em 17 out. 2022.

GOV.BR. **Medida provisória nº1.106, de 17 de março de 2022**. Disponível em:

<https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.106-de-17-de-marco-de-2022386717840>>. Acesso em 20 out.2022.

MIGALHAS. **Lei libera empréstimo consignado a beneficiários do Auxílio Brasil**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/371040/lei-libera-emprestimoconsignado-a-beneficiarios-do-auxilio-brasil>>. Acesso em 16 out.2022.

_____. **Senado aprova crédito consignado a beneficiários de programas socais**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/369385/senado-aprova-creditoconsignado-a-beneficiarios-de-programas-sociais.>>. Acesso em 16 out.2022.

_____. **Órgão do consumidor pedem veto de consignado a pobres: “covardia”**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/370091/orgaos-do-consumidorpedem-veto-de-consignado-a-pobres--covardia>>. Acesso em 16 out.2022.

SENADO FEDERAL. **MP que amplia beneficiários e margem do consignado chega ao Senado**. Disponível em: < <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2022/07/01/mpque-amplia-beneficiarios-e-margem-do-consignado-chega-ao-senado>>. Acesso em 20 out.

2022.

A EDUCAÇÃO COMO GARANTIA DE LIBERDADE E OS IMPACTOS DA EVASÃO E ABANDONO ESCOLAR

Vanessa Ramos Casagrande¹

A educação é assunto corriqueiro em conversas e, de alguma forma, em menor ou maior grau, todos fazem ideia de sua importância. Entretanto, a falta de atenção e acesso a dados concretos, faz parecer que a educação é assunto isolado, como se os efeitos de sua falência não irradiassem consequências pelos mais diversos setores da sociedade. Há estudo realizado por Paes de Barros, no Instituto Insper, trazendo dados de que o indivíduo que não conclui o ensino médio possui uma expectativa de vida reduzida em aproximadamente quatro anos, em relação àquele que concluiu seus estudos. Ele tem uma tendência maior a desenvolver uma doença grave, e entrar para a criminalidade, o que deixa claro que os efeitos da falta de educação vão, e muito, além do impacto salarial, que seria o raciocínio mais evidente ao se tratar de evasão escolar. É preciso dizer que o estudo realizado comparou indivíduos com o mesmo poder aquisitivo e níveis de escolaridade diferentes, o que traz ideia bastante significativa do impacto da educação nos mais diversos setores da vida. E, em um raciocínio cíclico, se por um lado a escolaridade impacta diretamente na longevidade, esta longevidade somada à educação aumenta o engajamento em atividades produtivas, fazendo com que o indivíduo produza mais por mais tempo, uma vez que posterga a idade em que a pessoa decide se aposentar. O estudo demonstra que as perdas pela evasão escolar se estendem em vários aspectos, sendo indispensável mencionar os valores trazidos pelo estudo o qual aponta que a cada jovem que não conclui a educação básica, as perdas individuais são de R\$ 290 mil reais, valor que deve ser somado à perda da sociedade, que é de R\$ 104 mil reais, o que representa, R\$ 394 mil reais por jovem que não conclui seus estudos. Por outro lado, o estudo também aponta estimativa do Inep, de que o estudo regular de um indivíduo por 14 anos, passando pela educação básica, ensino fundamental e médio tem um custo de R\$96 mil reais, o que, matematicamente falando, representa uma perda, aproximadamente, 4 vezes maior em caso de evasão escolar, sem considerar as outras perdas sociais mencionadas, como custos com saúde, segurança pública e longevidade. Diante disto, o direcionamento deste valor significativo à programas e ações que garantissem o estudo destes jovens, representaria não só o melhor uso deste valor, mas também um nítido investimento de altíssimo retorno. Além da educação pelo

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Mestranda em Tecnologias e Políticas Públicas sobre Gestão Ambiental na Universidade de Alicante/ Espanha – Instituto Universitário da Água e das Ciências Ambientais. Bolsista UPF. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). E-mails: vanessarcasagrande@hotmail.com; 189338@upf.br

currículo básico existente, é preciso defender-se também o ensino do direito nas escolas, com inclusão de disciplina específica, a qual tem o condão de gerar cidadãos mais cientes de seus direitos e deveres, sobre o conteúdo da Constituição, passando ainda por direitos da criança e do adolescente, direito do consumidor; a questão da preservação ambiental e até mesmo sobre o funcionamento das eleições, de modo a fomentar formar um eleitorado mais qualificado que, por sua vez, exigirá candidatos mais qualificados e preparados. É de salientar ainda que a educação sobre o sistema eleitoral brasileiro pode, finalmente, permitir que a sociedade avance na inclusão das mulheres na política. Conforme Amartya sustenta, a capacitação das mulheres faz com que estas passem a desempenhar um papel ativo na condição de agente transformador dinâmico da sociedade, e a capacitação dos homens melhora o bem-estar das mulheres no contexto social, tornando-o mais intolerante à discriminação de todo tipo, e agente defensor dessa inclusão feminina. A educação é, definitivamente, peça chave para o desenvolvimento como expressão da liberdade.

REFERÊNCIAS

BARROS, Ricardo Paes de. [et al]. **Consequências da Violação do Direito à Educação**. Rio de Janeiro: Autografia, 2021.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ANÁLISE DA VIABILIDADE ECONÔMICA DAS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO MECANISMO DE EFICIÊNCIA PARA EXECUÇÃO DE OBRAS E SERVIÇOS PÚBLICOS

Marina Witter Puss¹

A Constituição Federal de 1988 dispõe sobre direitos e garantias que devem ser concretizados pelo Estado Democrático de Direito, dentre eles pode-se destacar acesso adequado à habitação, escolas, hospitais, ferrovias, meios de telecomunicações, entre outros elementos estruturais. Pela demanda de altos investimentos, esses setores tradicionalmente foram atribuídos ao setor público, sendo este o responsável pela execução e manutenção de obras e serviços. Ocorre que, com acúmulo das atividades e responsabilidades estatais e o déficit das contas públicas pela incapacidade governamental de gerir seus próprios recursos de forma adequada, o Estado precisou de alternativas que possibilitassem a interferência do setor privado, em obras estruturais, para garantir que, de alguma forma, sejam executadas. Sob influências europeias, principalmente do Reino Unido, o mundo foi dando espaço aos financiamentos do setor privado, rumo à privatização de diversos serviços. A primeira manifestação de aspectos da privatização do ordenamento jurídico brasileiro se deu a partir da Lei nº 8.897/1995, lei geral das concessões, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Nas concessões comuns não há pagamento por parte do Estado para execução, a remuneração do particular decorre de tarifa paga pelo usuário ou outra forma na própria exploração; não há, também, a divisão dos riscos contratuais, o que blinda os cofres públicos de possíveis situações de risco econômico e quebras contratuais. Por sua vez, na Parceria Público-Privada (PPP), a partir da Lei nº 11.079, de 30/12/2004, sob as formas especiais de concessão patrocinada e concessão administrativa, há contraprestação pecuniária pelo poder público, compartilhamento de todos os riscos contratuais, inclusive por má condução do projeto, além da necessidade de criação de uma sociedade específica para administrar a parceria. Por se tratar de financiamento privado, as PPPs não teriam limite orçamentário e, portanto, poderiam ser uma ótima alternativa diante do gigante déficit orçamentário do governo. Importante ressaltar que há necessidade de estudos acerca da eficiência das parcerias, com projetos vantajosos. Ainda, a PPP é uma forma de criar competição no mercado, principalmente no que diz respeito à infraestrutura, setor controlado por poucos. Estudos realizados em diversos países demonstram, no entanto, que o resultado da PPP pode não ser o desejado inicialmente pelos projetos, pois no decorrer de sua execução as promessas de investimentos adequados deixam de ser cumpridas. Isso ocorre de forma planejada, há um descumprimento racional. Importante, então, para evitar esse tipo de ocorrência, que os contratos e todos os seus objetivos e possíveis eventualidades sejam analisados, de forma que se evitem, previamente, quebras contratuais. A PPP exige projetos eficientes e viáveis e contratos que transferem riscos ao setor privado, bem como reflitam sobre custos e aplicabilidade, além de mecanismos visando evitar a utilização como instrumento eleitoreiro, em benefício de determinados grupos empresariais.

REFERÊNCIAS

¹ Mestranda em Direito pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 167718@upf.br

BARACAT, Eduardo Milleo; MENEGON, Leonardo Grillo. **A perspectiva neoliberal e as Parcerias Público-Privadas no contexto do Estado contemporâneo.** *Revista de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 8, n. 1, 2022.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 8 out. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

BRASIL. **Lei n.º 11.079**, de 30 de dezembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11079compilado.htm. Acesso em: 8 out. 2022.

CARRARO, André et al. **Uma abordagem de Law & Economics para as Parcerias Público-Privadas no Brasil.** *Economics Analysis of Law Review*, Brasília, 5, nº 2, p. 205-219, Jul-Dez, 2014.

GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado:** uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Editora Manole, 2003. E-book. ISBN 9788520443323. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788520443323/>. Acesso em: 29 out. 2022.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo.** 35. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2021.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella D. **Parcerias Administração Pública.** Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2019. E-book. ISBN 9788530986599. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530986599/>. Acesso em: 29 out. 2022.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade.** São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

A ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO: UMA PREPOSIÇÃO LEGISLATIVA E DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Tamires Kürschner Caspers¹

INTRODUÇÃO

Análise Econômica do Direito muito tem se falado nos dias atuais e partimos com o pressuposto de como ela surgiu através do contexto histórico e como foi inclusa na questão jurídica e além disso o que seria esta área emergente.

Diante disso, iremos observar as questões legislativas. Por fim vamos tratar das questões das políticas públicas como a análise econômica do direito entra nessas questões e o quanto elas são de suma importância para esta área do direito.

1. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO, LEGISLATIVA E POLÍTICAS PÚBLICAS

Indubitavelmente, a importância da Análise Econômica tratada como ciência econômica ficou evidente no último século e esta cada dia se tornando mais reconhecida, onde sempre teve um papel importante na sociedade e no direito não foi diferente onde teve a sua influência na formulação de diplomas legais pelos legisladores e nas interpretações e decisões em nossos poderes judiciários, para o doutrinador Martinelli a AED é

Assim como o realismo jurídico identifica a força do Direito nas decisões dos Tribunais e como a antropologia jurídica a encontra nos ritos e processos de cada civilização, a análise econômica do direito também se baseia na interdisciplinaridade para compreensão expansiva do fenômeno jurídico (2020).

Com essa breve definição o contexto histórico adentra com o seu surgimento, tendo em vista que os primeiros estudos trazem que estes surgiram por volta de 1960, mas há alguns doutrinadores que afirmam que como PALOMA DURÁN Y LALAGUNA, apontam que a sua origem se deu no século XVIII, com a doutrina econômica de Adam Smith servindo de apoio para o desenvolvimento das teses utilitaristas de Jeremy Bentham.

Já as proposições legislativas é importante trazer um conceito sobre isto referente a Análise Econômica do Direito, conforme Posner

O objetivo do direito, na ótica da Análise Econômica do Direito, é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, o que implica a maximização do bem-estar social. Leis ou políticas públicas mal elaboradas levam à insegurança jurídica, reduzindo o bem-

¹ Tamires Kürschner Caspers, Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais- UPF. E-mail: 149691@upf.br

-estar. Nesse sentido, o uso da AED para avaliar proposições legislativas e políticas públicas, em geral, é essencial (2007).

Nesse contexto, o próprio Direito promove sua abertura a elementos notoriamente ausentes de sua estrutura interna, como o clássico permissivo, encartado no art. 4º da LINDB - Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42), para que o juiz decida de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito em caso de omissão legislativa onde, sobretudo com o advento das alterações promovidas pela Lei nº 13.655, de 25 de abril de 2018, a já mencionada Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei nº 4.657/42).

Por fim as questões das políticas públicas onde os legisladores tomam suas ações e causam dano as pessoas e ao ente público e assim sendo como a questão fundamental é que o desenho dessa política de denúncias a qual usam ou poderiam usar a política de forma distorcida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este presente trabalho vem demonstrar basicamente como a AED veio contribuir para o direito dentro do seu contexto histórico, e além disto como é importante esta questão legislativa demonstrado ao final uma questão sobre a política pública a qual é basicamente interferida pelo ato do legislador.

REFERÊNCIAS

AGUIAR. Bernardo Augusto Teixeira de. **A Análise Econômica do Direito**: aspectos gerais. Âmbito Jurídico: São Paulo, 2013. Disponível em: < https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-110/a-analise-economica-do-direito-aspectos-gerais/#_ftn1> Acessado em 21 de setembro de 2022.

BRASIL. Lei 13.874, de 20 de setembro de 2019. **Declaração de Direitos de Liberdade Econômica**. Planalto, Brasília. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13874.htm> Acessado em: 19 de outubro de 2022.

MARTINELLI. Gustavo. **Tudo que os advogados precisam saber sobre Análise Econômica do Direito**. Aurum Blog: Curitiba/PR. 2020. Disponível em: <<https://www.aurum.com.br/blog/analise-economica-do-direito/>> Acessado em 20 de setembro de 2022.

HESSE, Konrad. **Temas Fundamentais do Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2009

PACHECO, Pedro Mercado. ***El Analises Económico del Derecho – Una Reconstrucción Teórica***. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1994. Disponível em: < <https://www.passeidireto.com/arquivo/59959197/pedro-mercado-pacheco-la-construcao-teorica-del-analisis-economico-del-derecho>> Acessado em 21 de setembro de 2022.

OLIVEIRA, Gleydson. **A importância da análise econômica do direito**. Mega Jurídico. Disponível em < <http://www.megajuridico.com/a-importancia-da-analise-economica-do-direito/>> Acessado em: 19 de outubro de 2022.

POSNER, R. **El análisis económico del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

POSNER, R. A. **Economic Analysis of Law**. 7th ed. New York: Aspen Publishers, 2007. Disponível em: < https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/205/ril_v52_n205_p321.pdf> Acessado em 19 de outubro de 2022.

YEUNG, Luciana. **Análise econômica do direito : temas contemporâneos**– São Paulo : Actual, 2020. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786587019079/pageid/4>> Acessado em 20 de setembro de 2022.

APLICABILIDADE DO LITISCONSÓRCIO ATIVO NECESSÁRIO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Manuela Dalpian Lanzarin¹

Tendo em vista as drásticas e positivas mudanças que o campo do direito vem sofrendo na contemporaneidade, é imperioso que se discuta a aplicabilidade ou não da figura do litisconsórcio ativo necessário e as consequências de sua praticabilidade na realidade fática, considerando que esta gera visível colisão entre princípios norteadores do direito processual civil brasileiro, bem como os princípios previstos na Constituição Federal.

Nesse diapasão, a fim de possibilitar uma compreensão integral do objeto tratado nesse resumo, principalmente no que se refere ao conceito de litisconsórcio e polo ativo, destaca-se que no âmbito do direito processual civil pode haver a intervenção de terceiros na relação jurídica processual, na qual este passará a possuir a condição de parte no processo.

Tal fato significa que, em um mesmo processo, pode coexistir mais de um sujeito, seja ele no polo passivo ou ativo da ação e, ainda, existe a possibilidade de que tal coexistência se dê em ambos, inclusive, podendo ser esta participação facultativa ou necessária, encontrando todas guarida legal nos artigos 113 a 118 do Código de Processo Civil. Assim, compreende-se que o litisconsórcio ativo necessário ocorre entre os autores da ação e estes, por disposição legal, não podem escolher entre litigar em conjunto ou não, haja vista a obrigatoriedade existente.

Ato contínuo é imperioso que se discorra especialmente acerca do direito fundamental de acesso à justiça, previsto na carta magna, mais precisamente no artigo 5º, inciso XXXV, o qual consigna que todos podem demandar em juízo, preenchidos os requisitos necessários para tanto, bem como sobre o princípio da liberdade de agir, expressamente pronunciado no artigo 5º, inciso II, da CF, que conceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude da lei.

Depreende-se que ambos os princípios acima colacionados garantem pretensões que estão contrapostas na problemática existente, na medida em que o litisconsórcio ativo necessário exige, sem considerar as situações subjetivas da questão, que duas ou mais parte litiguem em conjunto, como autores da demanda, mesmo que um deles não tenha sequer o interesse de

¹ Manuela Dalpian Lanzarin, aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. manuelalanzarin@gmail.com. <http://lattes.cnpq.br/0016592048227903>.

submeter sua pretensão ao judiciário ou não queira submeter-se ao desgaste emocional e muitas vezes financeiro que uma ação contenciosa possa causar.

Vislumbra-se que essas implicações não invadem somente o campo principiológico constitucional, mas também causam coalisão com princípio encontrado em sede do Código de Processo Civil de 2015, qual seja o direito de ação, que se refere à possibilidade de sujeito acionar a máquina judiciária a fim de buscar a tutela desta para garantia de direito individual.

Assim, vislumbra-se que a questão não se trata apenas de mera discussão processual teórica, mas sim de uma abordagem que envolve situações reais, casos concretos, que ensejam não só na aplicação e um princípio em detrimento de outro, mas na não obrigação de litigar sem pretensão ou na impossibilidade de ver sua pretensão satisfeita por determinações legislativas, de modo que a possibilidade da aplicação ou não do litisconsórcio ativo necessário deverá remanescer adstrita à análise do caso concreto e, em caso de violação expressa de princípios, deverá ser tal figura afastada.

REFERÊNCIAS

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Curso **de** Processo Civil. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. Disponível em: [https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590043/epubcfi/6/4\[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html\]!/4/14/4/1:60\[%20qu%2Calq\]](https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786555590043/epubcfi/6/4[%3Bvnd.vst.idref%3Dcopyright.html]!/4/14/4/1:60[%20qu%2Calq]). Acesso em 11 de setembro de 2021.

GRECO, Leonardo. Instituições **de** Processo Civil. 2009. Ed. Forense. v.1.

NERY JR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código **de** Processo Comentado e Legislação Extravagante. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DAS COMUNIDADES E POVOS TRADICIONAIS PARA A GARANTIA DO DIREITO À ALIMENTAÇÃO.

Taísa Cabeda¹

Cássia Gilmara Fraga Chiarello²

O presente trabalho tem por objetivo dialogar, bem como instrumentalizar uma reflexão acerca do papel das comunidades e povos tradicionais brasileiros na produção de alimentos como base para sua sustentabilidade econômica e alimentar.

É possível afirmar que a simbiose, homem natureza, vem ocorrendo desde os primórdios da civilização humana. Durante séculos, o homem tem retirado da natureza seu meio de sobrevivência, seu alimento, a sua moradia e os seus meios de defesa. A própria agricultura, que data antes de Jesus Cristo, teve influência negativa sobre a natureza na transformação do meio natural e por consequência o surgimento de impactos ambientais.

As nações mais antigas absorveram alguns dos vegetais da cultura alimentar dos explorados, os quais começaram a ser plantados naqueles países exploradores, bem como os animais que foram retirados de seus habitats naturais passaram a ser criados na Europa como se nativos fossem. Com a intervenção do homem, no berço das civilizações, a paisagem natural foi transformada pela agricultura, as florestas deram espaço para o campo, ante a necessidade de produção de alimentos.

O homem altera a natureza só pela sua presença, ele pesa sobre o ecossistema, obtém recursos para garantir a sua sobrevivência e rejeita matérias já usadas. O homem, ainda, simboliza e não se contenta somente com o espetáculo natural, ele representa e tenta reinventar. Humanizando a terra, ele deixa sua marca física e veste-a de símbolos que fazem manifestar uma linguagem inteligível.

A problemática ambiental está intimamente ligada aos meios e resultados da produção e consumo de alimentos, o modo pelo qual o homem tentou melhorar sua vida, o progresso econômico, a ascensão social e o lucro. Impossível dissociar economia, natureza e alimentação como bases para efetivar as políticas de erradicação da fome e para as boas práticas desenvolvimentistas. A sustentabilidade alimentar de povos e comunidades tradicionais pode ser de fato uma parte da solução para a inacessibilidade à alimentação e, ainda, fonte de riqueza.

¹ Mestre em direito pela Universidade de Passo Fundo; pós-graduada em Direito Público pela rede de ensino LFG; bacharel em direito pela Universidade de Passo Fundo; advogada e professora universitária. cabedataisa@gmail.com.

² Doutoranda em direito na Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; mestre em direito pela Universidade de Passo Fundo; bacharel em direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões; advogada e professora universitária. cassigilfraga@gmail.com.

Dada a relevância das dimensões acima tratadas para alcançar equidade social e oportunidades descentes para todos, para preservação do potencial natural e para capacitar os indivíduos para a autonomia e para a produção sustentável, tem-se, por conseguinte, a importância das dimensões econômica e política nacional.

Reforçar-se-á a importância do cumprimento do objetivo n. 02³ (Objetivos de desenvolvimento sustentável) que tem como meta: até 2030 aumentar produtividade agrícola e a renda dos pequenos produtores de alimentos, dentre eles, os povos indígenas, agricultores familiares, pastores e pescadores e quilombolas, por exemplo; garantir a produção de alimentos e implementar práticas agrícolas resilientes que aumentem a produtividade e a produção para manter os ecossistemas e garantir o desenvolvimento sustentável.

Refere-se, ainda, no presente, a significativa instrumentalização de políticas públicas para criar e fomentar a produção alimentar sustentável das comunidades e povos tradicionais. Nesse sentido, o Ministério do Desenvolvimento Social (MDS) que preside desde 2007 a Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável das Comunidades Tradicionais (CNPCT), instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais (PNPCT).

Entre os PCTs estão os povos indígenas, os quilombolas, as comunidades tradicionais de matriz africana ou de terreiro, os extrativistas, os ribeirinhos, os caboclos, os pescadores artesanais, os pomeranos, entre outros⁴. Conforme o MDS essa iniciativa vem para creditar, subsidiar estas comunidades.

REFERÊNCIAS

Agenda 2030, **Objetivos do desenvolvimento sustentável**. <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.

Brasil, Ministério do desenvolvimento social. **Povos e comunidades tradicionais**. <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/povos-e-comunidades-tradicionais>

³ Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>. Acesso de novembro de 2022.

⁴ Disponível em: <http://mds.gov.br/assuntos/seguranca-alimentar/direito-a-alimentacao/povos-e-comunidades-tradicionais>. Acesso 04 de novembro de 2022.

A DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS E OS OBJETIVOS DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: INSTRUMENTOS EFETIVOS PARA A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS?

Micheli Piucco¹

Clovis Gorczewski²

O presente trabalho tem como objetivo analisar a vinculação entre a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável como forma de garantir a efetividade dos direitos humanos. Inicialmente, a Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada em 1948 em âmbito da Organização das Nações Unidas traz, após os horrores cometidos durante a Segunda Guerra Mundial, um sentimento universal em prol de direitos valorados e comuns a todos os Estados. Entretanto, a Declaração Universal foi realizada por meio de uma resolução da Assembleia Geral da ONU a qual, inicialmente, não possuía força vinculativa aos Estados (ONUBRASIL, 1945). Como consequência, em 1966 foram redigidos dois Pactos com o objetivo de vincularem os Estados que os ratificaram: o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (OHCHR, 1966a; OHCHR, 1966b). Entretanto, solidificou-se na sociedade internacional que a Declaração Universal possui caráter vinculante em decorrência de ser uma norma consuetudinária. Neste viés, a Declaração Universal não deixou de receber críticas, especialmente por abordar os direitos humanos de forma universal. Explica-se. Os Estados possuem realidades sociais, políticas e culturais distintas, impossibilitando que normativas gerais englobem a todos, sendo esta uma das principais críticas direcionadas a Declaração Universal. Assim, a partir dos Objetivos do Desenvolvimento do Milênio e, posteriormente, com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável, a Organização das Nações Unidas tem atuado em prol de ações direcionadas aos países (UN, 2000; UN, 2015; MARTÍN, 2022, p. 247-260). Assim, a efetivação dos direitos/ações apresentam-se vinculadas as realidades de cada país, superando as críticas realizadas a Declaração Universal. Entretanto, a Agenda 2030 apresenta-se como uma resolução da Assembleia Geral, não superando uma das principais críticas direcionadas à Declaração Universal. Além do esvaziamento quanto sua força vinculativa, praticamente não conecta seus objetivos e ações de diretamente aos direitos humanos. Dessa forma, compreende-

¹ Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC com período sanduíche na Universidad de Burgos - Espanha (PSDE/CAPES). Mestra em Direito. Especialista em Relações Internacionais com ênfase em Direito Internacional. Professora na Universidade de Passo Fundo-RS. Advogada. E-mail: micheli.piucco@hotmail.com.

² Doutor em Direito (Universidad de Burgos 2002), pós-doutor pela Universidad de Sevilla (CAPES 2007) e pela Universidad de La Laguna (CAPES/FUNDACIÓN CAROLINA 2011). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Advogado. E-mail: clovisg@unisc.br.

se que os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável são novas formas de garantir os direitos consagrados em 1948, mas por intermédio de ações direcionadas, não vinculativas, deixando a mercê dos Estados sua efetivação e do próprio direito internacional a necessidade de estabelecer formas de garantias.

REFERÊNCIAS

MARTÍN, Nuria Beloso. Balance sobre las estrategias de implementación de los objetivos de desarrollo sostenible en la Unión Europea: una lectura desde los derechos humanos. *In: Gobernanza Internacional y Neocolonialismo: aproximaciones desde los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS ONU)*. Muñiz, Magdiel Gómez (Coordinador). México: Universidad de Guadalajara, 2022.

OHCHR. **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**. 1966a. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>>. Acesso em: 04 out. 2022.

OHCHR. **Pacto Internacional de Derechos Económico, Sociales y Culturales**. 1966b. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>>. Acesso em: 04 out. 2022.

ONUBRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 2020. Disponível em: <<https://brasil.un.org/pt-br/91601-declaracao-universal-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 18 maio 2022.

UN. 55/2. **Declaración del Milenio. Resolución aprobada por la Asamblea General**. 2000. Disponível em: <<https://www.un.org/spanish/milenio/ares552.pdf>>. Acesso em: 19 out. 2022.

UN. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. 2015. Disponível em: <<https://brasil.un.org/sites/default/files/2020-09/agenda2030-pt-br.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2022.

RESUMOS – GT2 – TENDÊNCIAS E PERSPECTIVAS DO NOVO CONSTITUCIONALISMO AMERICANO

O DIREITO FUNDAMENTAL A ÁGUA E O CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO

João Luis Severo da Cunha Lopes

RESUMO

O presente resumo analisa alguns constituintes que deram origem ao constitucionalismo latino americano, especialmente o direito à água. Esta nova cultura voltada para o Bem Viver, o direito humano ao bem imprescindível à manutenção da vida é visto como patrimônio comum, este direito a todos os seres vivos bem como para as gerações futuras. É uma mudança instrumentalizada na referência de algumas constituições latino americanas, tendo como intuito, a compreensão da comunidade em harmonia, respeito e equilíbrio com a vida, promovendo a pachamama onde todos os seres vivos fazem parte. Nesse ponto de vista, a partir da ética biocêntrica, associam o direito à água ao direito à natureza, tendo seu controle voltado para o Bem Viver. Assim, as mudanças políticas e os novos processos sociais nos Estados latino-americanos teceram não só novas constituições que efetivaram novos atores sociais, realidades plurais e práticas biocêntricas, mas, igualmente, apontam, diante da pluralidade de culturas minoritárias, da força inquestionável dos povos indígenas, de políticas de desenvolvimento sustentável e da proteção de recursos comuns naturais, um constitucionalismo pluralista, indígena, autóctone e mestiço.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo Latino americano. Bem Viver. Direito à Água. Ética Biocêntrica.

INTRODUÇÃO

Ultimamente, em um cenário mundial, marcado pela globalização neoliberal, pelo capitalismo e pela retórica intelectualizada da Pós-Modernidade bem como pela emergência de lutas, reivindicações e propostas desencadeadas por novos atores coletivos, ocorrem processos que permitem a construção de novos paradigmas, propulsores de mudanças radicais em busca de sociedades mais justas, igualitárias e solidárias, capazes de formar caminhos desde sua própria diversidade, pluralidade e especificidade.

A crise paradigmática cultural, social e política vivenciada pela modernidade instala-se também na América Latina, dominada por contradições internas e profundos conflitos, abre

espaço para estratégias não só institucionalizadas pelo Estado, mas também, práticas de ação social e coletiva, processos que se constroem no desenvolvimento, tornando-se sujeitos das mudanças paradigmáticas.

Uma nova cultura, ainda que tenha parâmetros convencionais do Estado, Mercado e Sociedade Civil, acarreta em ir mais longe, incluindo a natureza e sua preservação como bem precioso. Uma nova cultura que concilie a Vida Humana com a natureza, partilhando princípios, estratégias, orientada para o bem viver, é essencial e irrenunciável o Direito Humano aos bens enquanto patrimônio comum. A ONU reconheceu, em 2010, a água potável e o saneamento básico como um Direito Humano fundamental. O horizonte é complexo e fundamental, a questão dos recursos naturais como patrimônio comum na América Latina compreende uma coordenação ambiental não tecnocrático, mas comunitário, participativo e plural. A orientação é chamar para a pauta e ressaltar o desafio ético da importância dos recursos naturais como a água enquanto novo Direito, um Direito Humano concebido não mais de cima para baixo, mas por estratégias, ou seja, a comunidade em sintonia com a sustentabilidade da natureza., trata-se de uma ruptura paradigmática, de projetar uma nova cosmovisão.

Essa cosmovisão vem sendo planejada na teoria e na prática pelas experiências da cultura social, política e jurídica dos modelos desenhados e oficializados na América Latina, Equador e Bolívia. Poderão oferecer subsídios para se repensar a temática de um novo Direito, um Direito Humano aos recursos naturais como patrimônio comum, evidenciando a água, no âmbito mais abrangente da América Latina e do sul do continente. Existem alguns elementos institucionalizados nas recentes Constituições do Equador, de 2008, e da Bolívia, de 2009, tal ilustração será desenvolvida epistemologicamente nos marcos teóricos do pluralismo jurídico e, metodologicamente, na instrumentalidade prática de Constituições Latino-Americanas, compreendendo, em um nível mais abrangente, o chamado fenômeno político-jurídico do Novo Constitucionalismo.

1. A TRADIÇÃO CONSTITUCIONAL DOS PAÍSES LATINO-AMERICANOS E A FALTA DE DIREITOS À ÁGUA E RECURSOS NATURAIS

É relevante que, na América Latina, a cultura sociopolítica determinada pelos centros durante o período colonial, e os institutos jurídicos gerados depois do processo de independência decorrem da tradição europeia, retratada no modelo de Estado e de democracia representativa, pelas fontes clássicas do Direito. Na constituição do sistema de legalidade e do processo de constitucionalização latino-americano pós-independência, deve-se levar em conta a herança dos escritos políticos burgueses, princípios iluministas próprios às declarações de direitos, assim como a herança oriunda da modernidade capitalista de livre mercado, traçada na complacência

e no perfil liberal-individualista. A integração do modo de produção capitalista e a introdução do liberalismo individualista geraram um compromisso significativo no processo de positivação do Direito estatal das antigas colônias ibéricas. Reconhece-se que o individualismo liberal e o conjunto de ideias iluministas dos Direitos do Homem ingressaram na América luso-hispânica, no século XIX, nas sociedades sobretudo, agrárias e, escravagistas, onde o desenvolvimento urbano e industrial era quase nulo. Assim, a juridicidade moderna de corte liberal vai repercutir diretamente sobre as estruturas institucionais dependentes e reprodutoras dos interesses coloniais das metrópoles.¹

Na tradição latino-americana a evolução teórica ou na institucionalização formal do direito, na qual as constituições políticas consagraram subjetivamente, igualdade formal perante a lei, cidadania culturalmente homogênea, soberania popular, garantia liberal de direitos, independência de poderes, e a condição idealizada de um Estado de direito universal. As instituições jurídicas na prática são conhecidas pelo controle centralizado e burocrático do poder oficial; democracia excludente; sistema representativo clientelista; experiências de participação elitista; e por ausências das grandes massas populares. Indubitavelmente, os textos constitucionais, os documentos legais elaborados na América Latina, são a expressão da vontade e do interesse de setores das elites hegemônicas, formadas pela cultura europeia ou anglo-americana.² Raricimamente, na história da América latina, as constituições liberais e a doutrina clássica do constitucionalismo político exibiram, precisamente, as necessidades de seus segmentos sociais predominantes, como as populações afro-americanas, nações indígenas, camponeses agrários e os diversos movimentos urbanos. A tradição individualista nunca contemplou os direitos aos recursos naturais como patrimônio comum e/ou os direitos do ser humano em sintonia com a natureza.

Esse cenário periférico e continental tem sofrido mudanças com a inserção de nova cosmovisão trazida pela valorização do mundo indígena. Assim, os movimentos políticos insurgentes

ocorridos recentemente em países sul-americanos (Venezuela, Equador e Bolívia) tentam romper com a lógica liberal-individualista das constituições políticas tradicionalmente operadas, reinventando o espaço público a partir dos interesses e necessidades das maiorias aliadas historicamente dos processos decisórios. Assim, as novas constituições surgidas no âmbito da

¹ DE LA TORRE RANGEL, Jesus Antonio. **Sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997. p. 69-70 e 72-73. Para um maior aprofundamento, consultar: WOLKMER, Antonio Carlos. **Síntese de uma história das ideias jurídicas**: da Antiguidade clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006. p. 95-97.

² Cf. WIARDA, Howard J. **O modelo corporativo na América Latina e a latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983. p. 82, 85-86. Consultar igualmente: CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). **Estado de Derecho**. Concepto, fundamentos y democratización em América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.

América Latina são do ponto de vista da filosofia política e jurídica, uma quebra ou ruptura com a antiga matriz eurocêntrica de pensar o Direito e o Estado para o continente, voltando-se, agora, para refundação das instituições, a transformação das ideias e dos instrumentos jurídicos em favor dos interesses e das culturas encobertas e violentamente apagadas da sua própria história.³

O que vem a ser esse chamado de novo constitucionalismo, e que está acontecendo principalmente nos países andinos, ocasionando mudanças nos setores do poder político e na ordem do Estado de Direito, introduzindo inovações em vários aspectos, dentre estes aos novos direitos aos bens como patrimônio comum, o Direito do bem viver e o Direito da natureza. Nesta conjuntura, concebe-se como um novo Direito, o uso e benefício à água potável não só como um patrimônio da sociedade, mas, como um componente essencial da própria natureza.

2. O DIREITO HUMANO À ÁGUA E SUA BASE JURÍDICA

As Constituições que integram o novo constitucionalismo na América Latina representam os discursos mais fortes contra o modelo econômico predatório e excludente predominante na atualidade. Elas partem de um conceito de cultura da vida no bem viver, excedem a expectativa evolucionista de consumir mais e viver melhor, em detrimento dos outros e da natureza

A Constituição do Equador de 2008 declarou o direito da natureza, assim como o direito humano à água, como fundamental. A convergência de dois processos foi fundamental para a conquista das proposições inovadoras, na concepção da nova Constituição. Um longo processo internacional foi construindo um entendimento em torno das questões ambientais e do direito humano à água, também, a cosmovisão andina com o bem viver que frente aos desafios da sustentabilidade ambiental, é apontada como um modelo alternativo de gestão em harmonia com a vida em todas as suas expressões.

O Equador assumiu um papel estratégico em conjunto com os povos originários e cidadãos, na defesa do patrimônio natural, bem como, no lançamento de uma forma de desenvolvimento que reconhece os elos milenares, efetivando a natureza, a *Pachamama*, onde somos parte e que é essencial a nossa existência. Segundo Mamani, o princípio jurídico ordenador do Direito passa a ser a sabedoria ancestral, projetando um horizonte de “*bem viver*” centrado na preservação do meio ambiente em todas as suas dimensões.⁴

³ WOLKMER, Antonio Carlos; FAGUNDES, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar. Revista de Ciências Jurídicas**. Fortaleza: v.16, n. 02, jul/dez. 2011.

⁴ MAMANI, Fernando Huanacuni. Op. cit., p.12

Na elaboração da Constituição do Equador, as discussões constituintes das questões fundamentais manifestaram um conflito entre dois pontos de vista de desenvolvimento. Havia os que defendiam ao máximo o ponto de vista centrado no mercado, onde a água é um recurso a mais na produção. Nesse entendimento, o neoliberalismo, com novas formas de exploração, motivou, no final do século passado, os governos da região com um conjunto de valores e medidas estruturais, focadas a satisfazer às necessidades do mercado que foram impostas sistematicamente pelas instituições multilaterais de crédito. Por causa do estímulo dessas orientações, começou a transferência para o setor privado de serviços públicos e comunitários, tais como os sistemas de água potável e saneamento, a geração de energia por diferentes modalidades. Alguns dos constituintes desejavam a aplicação e consolidação desse modelo fundamentado na racionalidade do mercado.

Na posição contrária, havia os constituintes, com afinidade a cosmovisão andina, que defendiam a água como um direito humano fundamental e a necessidade necessária da recuperação do controle estatal e social efetivo sobre a água e a biodiversidade. O Estado a partir do Constitucionalismo emancipatório, no seu papel estratégico de condutor dos interesses da *Pachamama*, estaria justificado na união pública e comunitária, objetivando-se na construção de uma soberania plural, seria a superação da lógica do mercado, expressa em todos os setores considerados, em função de sua magnitude, essencial para o desenvolvimento do país.⁵

Nessa disputa do desenvolvimento entre duas formas consolidou-se o grupo de constituintes, apoiado pelos movimentos sociais e pela maioria do povo equatoriano, que busca tornar efetivo o *sumak kawsay*.⁶

Acosta aponta que no processo constituinte referente à água, foram aprovados quatro pontos fundamentais, água é um direito humano; água é um bem nacional estratégico de uso público; água é um patrimônio da sociedade; água é um componente fundamental da natureza, a mesma que tem direitos próprios a existir e manter seus ciclos vitais.⁷ A partir do novo desenho institucional, são estabelecidos critérios de gestão e uso da água em harmonia com a natureza, ultrapassando-se a visão mercantil não só da água como também do meio ambiente.

Essa perspectiva não afasta o diálogo, ao contrário, fortalece um grande movimento em defesa dos direitos humanos internacionalmente, expande um dos pilares estruturantes da Constituição equatoriana, entendem-se os quatro princípios em relação à água, como impreteríveis no cumprimento dos direitos humanos. Desde a Convenção de Viena em 1992,

⁵ ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ Esperanza. **Água:** Um derecho humano fundamental. Quito: Abya Yala, 2010. p.18-23.

⁶ Op. cit., p.33

⁷ Op. cit., p.19

predomina o entendimento da realização integral de todos os direitos humanos, o direito à água é multidimensional e está intimamente relacionado a uma vida digna.

Na Constituição do Equador de 2008, a água passou a ser interpretada como patrimônio de todos os seres vivos, e sua gestão devendo ser público-comunitária, o texto constitucional relaciona a água com todos os direitos humanos, e também com os direitos da natureza. O direito à água é visto como um direito natural, os direitos sobre a água constituem um direito de usufruto; as águas podem ser utilizadas, mas não pertencem a ninguém.⁸ A Constituição proíbe a privatização, nos países andinos, ela é um ser vivo que permite a continuidade da vida e o ciclo da água integra os seres vivos à natureza, e interage em todos os ecossistemas, permitindo a articulação entre a natureza e as sociedades com diferentes formas de desenvolvimento.

Os líderes dos países andinos, especialmente da Bolívia, são os porta vozes dessa cultura, buscam a universalização desses referentes no âmbito internacional:

El 22 de abril del 2009, la Organización de Naciones Unidas (ONU) acogió la iniciativa impulsada por la delegación boliviana y declaró a esta fecha el día internacional de la Madre Tierra, proyectando una nueva conciencia de que no es un planeta solamente, mucho menos materia inerte: es nuestra Madre Tierra (Pachamama). Así se abre una puerta para dejar de hablar de —explotación de recursos— y emerger en el respeto a todo lo que nos da vida y permite el equilibrio natural de todas las formas de existencia para vivir bien. El siguiente paso será promulgar la declaración de los derechos de la Madre Tierra y hacerla vinculante para todos los países.⁹

Avanços aconteceram em decorrência do comentário geral nº 15 (ONU, 2002), mas sem dúvida alguma o reconhecimento mais significativo em relação ao direito humano à água no âmbito das nações unidas ocorreu na assembleia geral, na resolução nº 64/292, em 2010, encaminhada pelo Embaixador da Bolívia, sustentando abertamente o direito humano à água e ao saneamento, salientando que a sua efetivação é essencial para a realização dos direitos humanos. A resolução incentiva às organizações internacionais e os Estados, viabilizarem recursos financeiros, transferência de tecnologia, através de assistência e cooperação internacionais, preferencialmente aos países em desenvolvimento. Com essa resolução, a assembleia geral das nações unidas reconheceu o direito humano à água potável e ao saneamento como fundamental para a realização integral do direito à vida.¹⁰

⁸ ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ Esperanza. Op. cit., p.262

⁹ Op. cit., p.09

¹⁰ BARLOW, Maude. **Água Pacto Azul**. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo: M.Books, 2009. p. 4.

O conselho de direitos humanos das nações unidas aprovou a Resolução nº 15/9, de 30 de setembro de 2010, acolhendo o reconhecimento do direito humano à água e ao saneamento da resolução no 64/292, garantindo que ambos resultam do direito a um nível de vida adequado e estão indissolivelmente associados ao direito ao mais alto nível possível de saúde física e mental, assim como ao direito à vida e dignidade humana. Estas duas resoluções importam em grande avanço na luta internacional, são marco crucial na luta pela justiça da água.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O novo Constitucionalismo que iniciou na América latina a partir de mudanças políticas e novos processos sociais de lutas, nas duas últimas décadas, têm, principalmente nas Constituições do Equador e da Bolívia, o espaço planejado de entusiasmo e legitimação para incentivar o desenvolvimento de modelos de vanguarda no âmbito das novas sociabilidades coletivas e dos direitos ao patrimônio comum e culturais.

O desenvolvimento de alguns desses grandes eixos norteadores, já previstos e consagrados no novo constitucionalismo pluralista da América andina, implica em desafios de assimilar e de interagir na direção de sua real materialização. O desafio para o futuro da região está na concretização efetiva e complexa de novos paradigmas epistêmicos concebidos e projetados, que vão muito além do institucionalizado e do normatizado juridicamente. O desafio para continentes como a América Latina está em encontrar pontos hermenêuticos de convergência e complementaridade com o sistema-mundo, sem perder sua identidade autóctone e mestiça. Como transformar-se no cenário natural e cultural da pluralidade, insurgência e criatividade enquanto simbiose planetária da vida humana e do ecossistema? A resposta, quem sabe, pode ser encontrada nos horizontes da complexidade e da solidariedade. Uma cosmovisão marcada por solidariedade mais ampla e flexível, das coletividades presentes e futuras, no sentido de preservar não só os recursos comuns naturais, água como bem supremo e patrimônio da humanidade, mas de sociabilizar e resolver os problemas sociais e culturais comuns de todos no futuro.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Agua: Un derecho humano fundamental**. Quito: Abya Yala, 2010. p.18-23.

BARLOW, Maude. **Água Pacto Azul**. A crise global da água e a batalha pelo controle da água potável no mundo. São Paulo: M.Books, 2009.

- BONILLA MALDONADO, Daniel. **La Constitución Multicultural**. Bogotá: Siglo del Hombre; Pont.Universidad Javeriana; Universidad de los Andes, 2006.
- BUENDÍA, Fernando. Regimen del Buen Vivir, Autonomía y Descentralización. **La Tendencia. - Rev. de Análisis Político**, Quito, n. 9, mar./abr. 2009.
- CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). **Estado de Derecho**. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina. México: Siglo Veintiuno, 2002.
- CARBONELL, Miguel; OROZCO, Wistano; VAZQUEZ, Rodolfo (Org.). Los Retos del Constitucionalismo en el Siglo XXI. In: CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. **El Nuevo Constitucionalismo en América latina**. Quito, 2010.
- ECUADOR. **Constitución de la República Del Ecuador**. Asamblea Nacional, 2008.
- CLAVERO, Bartolomé de. **Bolivia entre constitucionalismo colonial y constitucionalismo emancipatorio**. Maio de 2009.
- DE LA TORRE RANGEL, Jesús Antonio. **Sociología jurídica y uso alternativo del derecho**. México: Instituto Cultural de Aguascalientes, 1997.
- GUDYNAS, Eduardo. **El mandato Ecológico**. Derechos de la Naturaleza y Políticas Ambientales en la Nueva Constitución. Quito: Ediciones: Abya-Yala, 2009.
- MAMANI, Fernando Huanacuni. **Buen Vivir / Vivir Bien**: filosofía, políticas, estrategias y experiencias regionales andinas. Lima, 2010.
- MAMANI, Fernando Huanacuni. El Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano y el proyecto de Constitución de Ecuador de 2008. **Alter Justitia**, n. 1, 2008.
- QUIROLA SUÁREZ, Diana. Sumak Kawsay. Hacia un Nuevo Pacto Social en Armonía con la Naturaleza. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza (Comps.). **El Buen Vivir**: una vía para el desarrollo. Quito: Abya-Yala, 2009.
- QUINTERO, Rafael. Las Innovaciones conceptuales de la constitución de 2008 y el Sumak Kawsay. In: ACOSTA, Alberto; MARTÍNEZ, Esperanza. **Agua**: Un derecho humano fundamental. Quito: Abya Yala, 2010. p. 83.
- VERDUM, Ricardo (Org.). Povos indígenas: constituição e reformas políticas na América Latina. Brasília: Instituto de Estudos Socioeconômicos, 2009.
- WIARDA, Howard J. **O modelo corporativo na América Latina e a Latino-americanização dos Estados Unidos**. Petrópolis: Vozes, 1983.

WIARDA, Howard J. **Sínteses de uma historia das idéias jurídicas:** da Antiguidade clássica à Modernidade. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2006.

WOLKMER, Antonio Carlos, Lucas Machado. Tendências Contemporâneas do Constitucionalismo Latino-americano: Estado plurinacional e pluralismo jurídico. **Pensar** - Revista de Ciências Jurídicas, Fortaleza, v.16, n. 2, p. 371-408, jul./dez. 2011.

O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE ACESSO À ÁGUA POTÁVEL E SANEAMENTO BÁSICO NO BRASIL FRENTE DIRETRIZES INTERNACIONAIS DA ONU

Clovis Gorczewski¹

Micheli Capuano Irigaray²

RESUMO

O reconhecimento do direito de acesso à água potável e saneamento básico como um direito humano, ainda encontra uma forte resistência por parte dos Estados em se comprometer com a implementação de políticas públicas adequadas ao acesso e proteção dos recursos hídricos de forma solidaria e sustentável, na perspectiva de tutela efetiva. Postura que se mantém mesmo após a publicação das Resoluções da ONU que, em 2010, que reconheceu expressamente o direito humano à água e ao saneamento. Assim a presente pesquisa visa verificar se as políticas públicas de acesso à água potável no Brasil encontram-se adequadas as diretrizes internacionais da Organização das Nações Unidas? Analisando as diretrizes internacionais que disciplinam o direito de acesso à água potável, em um contexto de universalização da Organização das Nações Unidas; as políticas públicas no cenário brasileiro, em uma análise de avanços e retrocessos; apontando o direcionamento de superação do atual paradigma de déficits, para um cenário de universalização do direito de acesso à água potável e saneamento básico em consonância com a agenda 2030. A metodologia empregada neste trabalho obedece ao trinômio: Teoria de Base/Abordagem, Procedimento e Técnica. Utiliza-se a pesquisa qualitativa, de investigação científica que foca no caráter subjetivo do objeto analisado, e o método dedutivo, que parte da generalização para confirmá-la na particularidade, e conta com auxílio da pesquisa documental e bibliográfica. Como Teoria de Base e Abordagem, vincula-se a perspectiva sistêmico-complexa, utilizando-se autores com visão multidisciplinar, nas bases de Edgar Morin (2014) e Fritjof Capra (2006), assim como autores que abordam o contexto de Direitos Humanos, como António Henrique Perez Luño (2017), Clovis Gorczewski (2005), para atender realidades ou problemas cada vez mais pluridisciplinares, transversais e multidimensionais. Técnicas de elaboração, utilizadas vinculam-se a fichamentos e resumos na

¹ Advogado, Doutor em Direito (Universidad de Burgos 2002), pós-doutor pela Universidad de Sevilla (CAPES 2007) e pela Universidad de La Laguna (CAPES/FUNDACIÓN CAROLINA 2011). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. E-mail: clovisg@unisc.br

² Pós- doutoranda, Doutora em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC, Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, integrante do Grupo de Estudos Constitucionalismo Contemporâneo, Especialista em Direito Civil e Direito Constitucional e Ambiental. Advogada. E-mail: michelicapuanoirigaray@gmail.com

perspectiva da contraposição. O procedimento utilizado consiste na análise bibliográfica e documental (em meios físicos e digitais), com consulta de livros de doutrina e revistas especializadas. A relação entre Direito e Sociedade apresenta-se de forma intrínseca e simultânea, assim como a relação dos Estados, formada pela sociedade de Estados soberanos e organizações internacionais, norteadas pelo Direito Internacional Público na sociedade internacional. Apresenta-se a necessidade de verificar a influência dessas diretrizes internacionais do direito de acesso à água potável no contexto local, ampliando-se a análise dos tratados internacionais de direitos humanos, especialmente para o direcionamento do direito de acesso à água potável como direito humano fundamental. Verificando-se assim que emerge a necessidade de ações e instrumentos pautados em um novo marco jurídico, de tutela efetiva do direito de acesso universal e equitativo à água potável e ao saneamento básico para todos, independentemente de condição social, econômica ou cultural, gênero ou etnia, alinhando-se a premissa de um direito humano fundamental.

PALAVRAS-CHAVE: Água Potável. Direitos Humanos. Direito Fundamental. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Objetivos do Desenvolvimento Sustentável.

REFERÊNCIAS

CAPRA, Fritjof. *A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos*. Tradução Newton Roberval Eicheemberg. São Paulo: Cultrix, 2006.

GORCZEWSKI, Clovis. *Direitos Humanos: dos primórdios da humanidade ao Brasil de hoje*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2005.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA – IPEA. *Agenda 2030 – ODS – Metas Nacionais dos objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. Brasília, 2018. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/180801_ods_metas_.pdf. Acesso em: 5 maio 2020.

MORIN, Edgar. *A cabeça bem-feita: repensar a reforma – reformar o pensamento*. Trad. Eloá Jacobina, 21^a ed., Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*. Rio de Janeiro, 2012. *17 Objetivos para transformar nosso mundo*. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/ods6/>. Acesso em: 11 maio 2020.

SURGIMENTO DOS DIREITOS HUMANOS NO PLANO INTERNACIONAL

Greice Busato e Souza¹

Maira Zenni Carbonera²

Os Direitos Humanos são um conjunto de normas e princípios, os quais podem estar previstos de forma escrita ou não. Possuem ordem tanto constitucional quanto internacional. Também vale ser destacado que são direitos extensíveis a *todos* os seres humanos, independente de quaisquer fatores como raça, sexualidade, gênero, crença, entre outros. Contudo, a evolução histórica dos Direitos Humanos em planos internacionais é relativamente recente. O mundo e a sociedade demoraram anos para conseguir desenvolver tais normas de uma forma que fossem aplicadas amplamente e estendidas a todos os indivíduos. Tem-se como um grande marco para a lição dos Direitos Humanos a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi assinada em 10 de dezembro de 1948. Contudo, muito há que se falar sobre o que aconteceu antes do alcance de tal conquista, como será visto a seguir. As legislações que deram início ao desenvolvimento de tais normas e princípios começaram através de previsões locais. Dentre elas, deve ser destacada a Magna Carta de 1215, assinada por João Sem Terra. À época aplicado no Reino Unido, tal documento não foi respeitado como deveria. Mas, em um futuro próximo (com o advento da *Bill of Rights* de 1689), a Magna Carta viria a fazer grande diferença para o povo. Em anos mais à frente, após a primeira Guerra Mundial foi criada a Liga das Nações, a qual futuramente se tornaria a hoje tão conhecida Organização das Nações Unidas (ONU). Nesse ínterim, impulsionadas pelo iluminismo e a Revolução Francesa de 1789, foram criadas as primeiras declarações de tais direitos, como a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, de mesma data. Tal revolução trouxe ideais extremamente importantes, quais sejam: a liberdade, a igualdade e a fraternidade. Nesse cenário, também se dá um salto no tempo de 1914 para 1945, quando se finda a segunda Guerra Mundial e surge o direito do pós-guerra, como em resposta às aquelas atrocidades que foram cometidas pelo regime nazista. Mesmo assim, nessa época tão fragilizada da história da humanidade, os direitos humanos ainda tinham pouco impacto. Foi somente depois, em 1948, após a criação da ONU, que foi desenvolvida a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), da qual hoje tratamos e consideramos um dos documentos mais preciosos e importantes para a própria humanidade. Posteriormente, é claro, também surgiram novas convenções e tratados internacionais que versam sobre o assunto,

¹ Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. 186608@upf.br

² Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade de Passo Fundo. 188085@upf.br

como o Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. Dando fim à presente e breve análise histórica da evolução dos Direitos Humanos, deve ser destacado que a DUDH frisa que tais normas e princípios são inerentes a todos, bem como são fundamento da liberdade, da justiça e, principalmente, da paz no mundo. Daí, conclui-se a importância de tal matéria não apenas em um cenário regional brasileiro, mas sim para toda a humanidade.

REFERÊNCIAS

Cardoso, Antônio Manoel Bandeira. A Magna Carta – conceituação e antecedentes. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/182020/000113791.pdf>.

Acesso em: 29 de out. de 2022.

Moraes, Alexandre de. Direitos humanos fundamentais. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

Piovesan, Flávia. Temas de direitos humanos. 11. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

Senado. 70 anos da declaração universal dos direitos humanos. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/infomaterias/2018/12/70-anos-da-declaracao-universal-dos-direitos-humanos#:~:text=momento%20de%20incertezas->

,Carta%20de%20Direitos%20Humanos%20completa%2070%20anos%20em%20momento%20de,dos%20Direitos%20Humanos%20(DUDH)>. Acesso em: 29 de out. de 2022.

Silva, Rodnei Pereira da. A evolução dos direitos humanos. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/54256/a-evolucao-dos-direitos-humanos>>. Acesso em: 29 de out. de 2022.

UOL, Mundo Educação. Criação da ONU após a II Guerra Mundial. Disponível em: <<https://mundoeducacao.uol.com.br/historiageral/criacao-onu-apos-ii-guerra-mundial.htm>>. Acesso em: 29 de out. de 2022.

O tráfico de pessoas é uma grande violação aos direitos humanos, verdadeiro crime contra a humanidade, além de ser responsável por afetar milhões de vidas. No mundo todo as vítimas do tráfico de pessoas são traficadas para alguma forma de exploração, envolvendo a violação de uma série de direitos fundamentais. O presente trabalho exhibe um estudo acerca dos instrumentos legais que buscam voltar seus esforços para a proibição do tráfico humano, especialmente o modo como essa temática se desenvolve e como é tratada no âmbito internacional. Essa busca é necessária face ao crescente desenvolvimento do tráfico humano com o passar dos séculos, que perpassa objetivos como extração/remoção de órgãos, adoção ilegal, trabalho forçado ou escravidão, exploração sexual ou prostituição, entre outros, fazendo-se necessário que o sistema internacional evolua na proteção dos direitos que envolvem as vítimas desse crime. Para a realização deste trabalho foram efetuadas pesquisas bibliográficas, analisando também a legislação tanto nacional quanto internacional relativas ao tema, a fim de enriquecer a coleta de informações e permitir um aprofundamento no estudo do tráfico de pessoas, revelar a importância da tomada de medidas em âmbito global e apontar novas perspectivas para a problemática da solução desse crime. Inicialmente, é feita uma abordagem da realidade trágica do tráfico de pessoas e os aspectos históricos e conceituais desse negócio ilícito. Na sequência realiza-se uma análise das modalidades do tráfico humano, onde os fins abordados são: a exploração sexual, o trabalho forçado, remoção de órgãos e adoção ilegal. Num segundo momento é analisado o sistema internacional de combate ao tráfico de pessoas, mais profundamente os tratados e medidas internacionais contra o tráfico humano, a fim de demonstrar que há muito se vem buscando alternativas para erradicação dessa conduta criminosa. Por fim, as medidas nacionais contra o tráfico de pessoas são mencionadas em função de sua relevância na viabilização da efetivação dos compromissos assumidos pelo Brasil na esfera mundial. A partir desse estudo se verifica a necessidade de se estudar a adoção de novas medidas, tais como, políticas públicas e ações afirmativas para a solução da desigualdade socioeconômica como forma de tratar a raiz do problema, fazendo com que o tráfico de pessoas seja erradicado, ou ao menos, que seus elevados números reduzam drasticamente. Finaliza com

¹ Mestranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bacharela em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: 189331@upf.br

proposições para o combate à pobreza e desigualdades sociais como forma de proteção dos grupos mais vulneráveis a esse tipo de negócio ilícito.

REFERÊNCIAS

BONJOVANI, Mariane Strake. **Tráfico internacional de seres humanos**. São Paulo: Ed. Damásio de Jesus, 2003.

FERREIRA, Micaela A.; BORGES, Paulo César C. **Tráfico de pessoas como problema internacional e panorama legislativo de combate**. Brasília: MPF, 2017.

GIRONI, Marcela Caroline Vaz. **Os mecanismos de repressão ao tráfico de pessoas**. Brasília: MPF, 2017.

Maria Eliza Zanini Martins De Marco¹

Eloisa Aparecida Piran²

A Lei Maria da Penha é uma das principais ferramentas para o desenvolvimento de políticas públicas para coibir a violência doméstica contra a mulher no Brasil. Este estudo busca analisar e refletir criticamente sobre aspectos do uso e aplicação da lei, ao mesmo tempo em que explora as trajetórias, conquistas e desafios da Lei Maria da Penha (LMP) que delinearam seus 16 anos de vigência. A Lei Maria da Penha estabeleceu um novo paradigma para a formulação, gestão e avaliação de políticas públicas sociais voltadas à prevenção, proteção, assistência e combate à violência de gênero contra a mulher. Suas realizações preveem um novo tipo de competência social cultural e política, política intersectorial e ação interdisciplinar, a partir de abordagens interseccional.

No entanto, os desafios são históricos, ambientais, regionais, culturais e econômicos, demonstrando novamente a complexidade da violência contra a mulher, que precisa ser discutida como pautas em diferentes áreas da sociedade.

Portanto, este estudo propõe enfatizar a importância do uso de medidas assistenciais e educativas em detrimento ao extensivo uso generalizado de medidas punitivas e criminalizadoras derivadas do direito penal.

A Lei 11.340/06 é uma resposta ao fenômeno da violência doméstica, perante os atos de agressão, dominação do gênero masculino diante da mulher e que ainda hoje enfrentam este problema, devido às relações culturais. No esforço de combater essa violência de gênero, além das formas punitivas, a lei prevê políticas públicas voltadas à implementação de ações educativas e preventivas que visem eliminar qualquer forma de discriminação de gênero.

A lei visa eliminar ou pelo menos reduzir a violência doméstica contra as mulheres. Porto (2012, p. 19), explicou isso a partir de uma leitura do artigo 7º da Lei 11.340/2006, onde explana o conceito de violência trazida por lei para abranger, não apenas a violência física, mas também outras condutas que configuram tais atos. Destacou-se também que os legisladores estão

¹Qualificação do autor. Maria Eliza Zanini Martins De Marco do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 174580@upf.br

²Qualificação do autor. Eloisa Aparecida Piran do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail 174571@upf.br

tentando utilizar diversos instrumentos jurídicos para combater a violência contra a mulher, sendo o direito penal um deles.

Embora o problema da violência contra as mulheres exista há muito tempo, parece ter sido encontrado um mecanismo mais eficaz para abordá-lo, através da Lei Maria Da Penha. De fato, todos os meios disponíveis para abordar essa questão no ordenamento jurídico brasileiro demonstram que obter normas e padrões para combater tal violência não é tarefa fácil.

REFERÊNCIAS

PORTO, Pedro Rui da Fontoura. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Violência doméstica e familiar contra a mulher, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2^a ed. revisada e atualizada, 2012.

UMA ANÁLISE DA REPRESENTIVIDADE FEMININA NA ESFERA PÚBLICA A PARTIR DA DICOTOMIA PÚBLICO E PRIVADO

Mariana Mattos Volpi¹

Desde os primórdios a figura feminina é atrelada à esfera privada da sociedade, sob a falsa premissa de uma naturalidade e pré-disposição biológica. Tal associação historicamente afeta a contribuição da mulher no espaço público, evidenciando marcas de profunda desigualdade causadas pela problemática dicotomia presente entre os gêneros e esferas da sociedade. Hannah Arendt recorda a origem da divisão público-privado durante a Grécia antiga, período em que o *oikos* era o espaço familiar em que viviam escravos, mulheres e crianças subordinados a um homem e a *pólis* era um espaço de participação conjunta e debate. Dessa maneira, *oikos* e *pólis* eram prematuras esferas privadas e públicas, respectivamente. A *oikos* se caracterizava pela assimetria entre os sujeitos, já a *pólis* era baseada na igualdade. Contudo, para que integrasse a essa última, o sujeito deveria ser livre e cidadão, de maneira que automaticamente as mulheres eram excluídas. A concepção helenística foi essencial para a construção do atual entendimento de tais esferas, sendo que desde então tais conceitos foram transformados. No entanto, quando se trata do papel feminino na esfera pública os conceitos de público-privado ainda são utilizados de maneira extremamente retrógrada e prejudicial à inserção feminina na vida pública. A ideia de compatibilidade dos gêneros feminino e masculino às esferas privada e pública, respectivamente, tem origem de uma construção histórica e cultural mascarada por uma suposta pré-disposição. Michel Foucault conceitua o fenômeno como biopoder, qual seja a utilização de características biológicas para regulamentar a posição social do indivíduo. Dessa maneira, principalmente a reprodutividade feminina é usada como argumento para afastá-la de uma vida pública. Nesse sentido, o fenômeno supracitado utiliza-se das características únicas de cada sexo a fim de diferenciá-los e incapacitá-los de exercerem certas funções sociais, baseando-se em meras construções sociais machistas, haja vista que a reprodução, por exemplo, em nada afeta a capacidade de uma mulher atuar como deputada. Sendo assim, a construção de uma falsa pré-disposição dos gêneros às esferas pública e privada acaba por legitimar e justificar a clausura da mulher ao espaço privado e afastá-la do espaço público. Tanto é assim que nas eleições de 2022 apenas 17,7% do total de 513 parlamentares eleitos são mulheres, sendo que, em contradição, conforme a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua realizada em 2019, a população brasileira possui maioria feminina, sendo

¹ Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo. 168085@upf.br

composta por 51,8% de mulheres. Tais números, além de alertar a baixa representatividade feminina, demonstram que a divisão dos gêneros entre as esferas pública e privada ainda é dispare e disfuncional, possuindo resquícios de uma visão antiquada. Dessa maneira, a dicotomia público-privado causa enorme impacto na posição da figura feminina dentro da sociedade enclausurando-a no espaço privado, com base em uma construção puramente social, desmunida de qualquer naturalidade biológica. Entende-se que, por todo o contexto já exposto, se faz necessária e urgente a redefinição dos elementos de valoração que colocam, desde a antiguidade, a figura feminina em pré-disposição ao espaço privado e a afastam do espaço público.

REFERÊNCIAS

ABOIM, Sofia. Do público e do privado: uma perspectiva de gênero sobre uma dicotomia moderna. *Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 20, n.1, p. 95-117, jan.-abr.,2012.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 13. ed. rev. Tradução de Roberto Raposo. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2020.

BIROLI, Flávia. O público e o privado. In: MIGUEL, Luis Felipe. *Feminismo e política: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 21-30.

BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 14 ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

BOURDIEU, Pierre. *A dominação masculina*. 11. ed. Tradução de Maria Helena Kühner. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

AMARAL, Talita. CNN. Especial Eleições 2022 – Representatividade feminina ainda é baixa na Câmara, 2022. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/politica/mulheres-aumentam-representacao-na-camara-mas-representatividade-ainda-e-baixa>. Acesso em 30/10/2022.

HABERMAS, Jurgen. *Mudança estrutural da Esfera Pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa*. 2. ed. Tradução de Flávio R. Kothe. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LEMOS JUNIOR, Eloy Pereira; TIAGO, Leandra Chaves. Dominação masculina e a divisão sexual do trabalho: perpetuação da violência simbólica em face da mulher brasileira nos espaços públicos. *Redes: Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 6, n. 2, p. 87-106, set. 2018.

MATOS, Maria Izilda Santos de. Na trama urbana: do público, do privado e do íntimo. Projeto História, São Paulo, v. 13, p. 129-149, jun., 1996.

MIGUEL, Luis Felipe. A igualdade e a diferença. In: BIROLI, Flávia Feminismo e política: uma introdução. São Paulo: Boitempo, 2014. p. 41-49.

OKIN, Susan Moller. Gênero, o público e o privado. Estudos Feministas, Florianópolis, v.16, n. 2, p. 305-332, mai.-ago., 2008.

OSTERNE, Maria do Socorro Ferreira. Violência contra a mulher: estruturas patriarcais, relações de gênero e a (re)significação do conceito de vida privada. O público e o privado, Fortaleza, n.8, p. 163-176, jul.-dez., 2006.

WOLLSTONECRAFT, Mary. Reivindicação do direito das mulheres. Tradução de Ivania Pocinho Motta. São Paulo: Boitempo: Iskra, 2016.

IGUALDADE DE GÊNERO NA ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Cristiane Terezinha Rodrigues¹

Karen Beltrame Becker Fritz²

A desigualdade de gênero ainda é muito evidente em nossa sociedade. Dados publicados no *Global Gender Gap Report 2022*, realizado pelo Fórum Econômico Mundial apontam que serão necessários 132 anos para que se atinja a igualdade de gênero. Nesse sentido, o trabalho tem como objetivo abordar as estratégias da Organização Mundial do Comércio (OMC) para estimular a igualdade de gênero no âmbito do comércio. O tema abordado possui relevância pois, a discussão sobre a igualdade de gênero contribui para o desenvolvimento da sociedade em todas as áreas. Justifica-se o estudo, visto que, o debate sobre o tema auxilia a efetivação de políticas que propiciem a igualdade de gênero. O método de abordagem utilizado no estudo é o método hipotético dedutivo com pesquisa bibliográfica realizada em doutrinas, artigos, legislação relatórios. O tema igualdade de gênero passou a fazer parte das discussões na Organização Mundial do Comércio (OMC), na 11ª Conferência Ministerial que aconteceu em Buenos Aires em dezembro de 2017. Na conferência foi apresentada a “Declaração Conjunta sobre Comércio e Empoderamento Econômico das Mulheres”. A OMC inseriu a perspectiva de Gênero no tema relacionado ao desenvolvimento econômico mundial pois, conforme relatório publicado em 2020 pela OMC em conjunto com o Banco Mundial, ficou evidenciado que os efeitos negativos do comércio internacional afetam mais as mulheres em razão da desigualdade de gênero. Nesse sentido, sobre as estratégias da organização mundial do comércio para a inserção das perspectivas de gênero no cenário econômico Schimanski (2021, p. 10) menciona: “Promover a introdução do gênero como categoria analítica das políticas comerciais e seus efeitos na vida das mulheres, percebendo como o viés de gênero perpassa as estruturas econômicas, marca a inclusão da OMC nos debates propostos pela economia feminista.” A partir da inclusão destes debates na OMC, alguns países já começaram a desenvolver políticas para a efetivação da igualdade de gênero. A União Europeia, Islândia e Gâmbia, por exemplo, já incluíram em seus Relatórios de Revisão de Política Comercial, capítulos nos quais destacam suas políticas que contribuem para a igualdade de gênero. A União Europeia, por exemplo, está empenhando-se para promover a participação das mulheres em pequenas e médias empresas e em negócios digitais. A Islândia, destaca a igualdade da participação de homens e mulheres no mercado de trabalho. (Schimanski, 2021). Outros países como Canadá, Chile e Uruguai,

¹ Acadêmica do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. E-mail: 175574@upf.br

² Professora do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. E-mail: karenfritz@upf.br

também incluíram capítulo de gênero em seus acordos comerciais. Ante ao abordado, depreende-se que a igualdade de gênero é fundamental para o desenvolvimento da humanidade, porém, para que ela aconteça é necessário que sejam despendidos esforços coletivos de todos os setores da sociedade. Desse modo, as políticas que vem sendo desenvolvidas pela OMC com seus membros contribuem para que a igualdade de gênero seja alcançada em tempo hábil.

REFERÊNCIAS

INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT / THE WORLD BANK AND THE WORLD TRADE ORGANIZATION **Women and Trade: the role of trade in promoting gender equality**. 2020. Washington, USA.

SCHIMANSKI, S. **As mulheres na agenda da Organização Mundial de Comércio (OMC)**. Conjuntura Austral, v. 12, n. 60, p. 75–91, 2021. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/ConjunturaAustral/article/view/113576>. Acesso em: 15/10/2022.

WORLD ECONOMIC FORUM. **Global Gender Gap Report 2022**. 2022. Disponível em: <https://www.weforum.org/reports/global-gender-gap-report-2022/>. Acesso em: 20/10/2022.

UMA ANÁLISE DO FEMINISMO E DA FIGURA DA MULHER

Giuliana Dal Bôsko Nascimento

Jodely Kommers de Siqueira

Júlia Battisti Fiorentin

No atual cenário mundial, o feminismo se apresenta como uma corrente radical para aqueles que o compreendem erroneamente. Haja vista que, esse é um movimento alicerçado na luta contra os ideais sexistas, a teorização e o deslocamento discursivo de gênero nos textos normativos do Sistema Jurídico. Com o trabalho proposto, buscando ir ao encontro de afirmações que comprovem as ideias dispersas sobre o feminismo e a mulher, inserido em um contexto acadêmico composto por membros e visitantes da Universidade de Passo Fundo, Campus São José. A presente síntese, possui como objetivo explicar e esclarecer acerca do tema em debate, em consoante com a figura da mulher na sociedade, ressaltando sua trajetória, em conjunto pela busca de direitos equânimes em uma corporação majoritariamente patriarcal. A metodologia aplicada baseia-se e se qualifica no método bibliográfico com abordagem qualitativa, que desmembra as faces da pluralidade feminista visando descrições e análises não numéricas do movimento mencionado, somada a uma pesquisa de campo estruturada que corrobora com as ideias da autora Katharine Barlett, que almeja evidenciar através de 5 perguntas, na qual as 4 primeiras são fechadas, e a última aberta, sendo estas direcionadas à 21 pessoas dentro dos domínios da Universidade de Passo Fundo, Campus São José, de forma presencial, com a média aproximada de 40 anos de idade dos entrevistados, como o conhecimento é pouco difundido sobre tal movimento. Em suma, este estudo procura apresentar de forma simplificada, objetiva e clara, definições corretas vinculadas ao feminismo, tal como a personagem da mulher ao longo dos séculos, marcada por um passado pautado na ideologia de gênero, predominante masculina, que ainda aflige a mulher contemporânea. Assim sendo, o Direito deve atuar para reduzir a dicotomia de gênero e reconhecer essa profusão existente em nosso meio.

PALAVRAS-CHAVE: Feminismo, Mulher, Patriarcado, Sexismo, Sociedade.

REFERÊNCIAS

HOOKS, Bell. **O Feminismo é Para Todo Mundo: Políticas Arrebatadoras**. 1. ed. Rio de Janeiro: Editora Rosa dos Tempos, 2018. 8 p.

CAMPOS, Carmen Hein. Razão e Sensibilidade: Teoria Feminista do Direito e Lei Maria da Penha. **Revista Estudos Feministas**. Florianópolis, 1993. n 2. p. 277-292.

RESUMOS – GT5 – DEMOCRACIA E RELAÇÕES SOCIAIS

RESPOSTA À PERGUNTA “POR QUE UMA ÉTICA DO DISCURSO?”

Maria Eduarda Braga Moraes¹

Marcio Renan Hamel²

O presente texto aborda a reflexão acerca das políticas públicas elaboradas no Brasil voltadas aos grupos e minorias sociais, as quais têm recebido muita ênfase do governo federal em detrimento do todo da sociedade brasileira. Além disso, busca refletir, também, sobre o crescente fenômeno da judicialização da política no contexto brasileiro, bem como a falta de ação dos poderes legislativo e executivo quanto à execução de direitos básicos de todo o cidadão. O artigo tem como fio condutor a análise da viabilidade do potencial emancipatório presente na ética do discurso, a partir da abordagem da pragmática formal (Habermas) e da pragmática transcendental (Apel), como uma terceira via possível entre as teorias liberais e comunitaristas no que tange a maneira pela qual se pode construir determinadas políticas públicas, no intuito de salvaguardar os direitos básicos de todos os cidadãos brasileiros, inclusive o direito de participação e de ser ouvido, principalmente daqueles que não pertencem a determinado movimento social ou minoria. Assim, o caminho escolhido é o de sustentar que se necessita de uma ética do discurso e que, diferentemente, das defesas do liberalismo igualitário e dos comunitaristas, é por meio do discurso livre de coação que as demandas devem ser debatidas no interior da sociedade, não só no sentido de se alcançar a legitimidade das leis (Habermas), mas também como meio de levar ao povo a refletir por meio de uma ética da corresponsabilidade (Apel). A pragmática formal (Habermas) e a pragmática transcendental (Apel) podem auxiliar para a construção de um diálogo construtivo de reivindicações de direitos na sociedade. A pragmática transcendental tem um potencial capaz de resgatar a ética da responsabilidade de todos por cada um em particular e, na pragmática formal, por estar presente uma proposta viável e necessária de fundamentação racional do direito, no âmbito da teoria discursiva, com especial atenção para a garantia de direitos fundamentais à participação, em igualdade de chances, em processo de formação da opinião e da vontade.

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.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. Tradução de Márcio Pugliesi. São Paulo: Icone, 1995.

_____. **A era dos direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

FARIA, José Eduardo; KUNTZ, Rolf. **Qual o futuro dos direitos?** Estado, mercado e justiça na reestruturação capitalista. São Paulo: Max Limonad, 2002.

FLICKINGER, Hans-Georg. **Em nome da liberdade**: elementos da crítica ao liberalismo contemporâneo. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos de teoria política. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. **Faktizität und Geltung**: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 1992.

HABERMAS, Jürgen. Notas programáticas para a fundamentação de uma ética do discurso. In: **Consciência moral e agir comunicativo**. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. In: **Novos Estudos Cebrap**, n.58, novembro de 2000.

OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Loyola, 2006.

SOUSA, Diogo Tourino. A judicialização da política e a democracia no Brasil. **Sociologia**. São Paulo, ano IV, n.45, fev./mar.2013. p.35-50.

WERLE, Denílson Luis. **Justiça e democracia**: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas. São Paulo: Singular; Esfera Pública, 2008.

HOLDING FAMILIAR E O PLANEJAMENTO SUCESSÓRIO

Alana Tessaro Vuelma¹

Marcio C. Godinho²

Taisa Cabeda³

É sabido da relevância que o âmbito empresarial possui diante da economia e desenvolvimento mundial, especialmente no Brasil. Segundo o IBGE e o SEBRAE, no Brasil mais de 90% das empresas constituídas são familiares, dentre elas, das que passam pelo processo sucessório, apenas 30% chegam a segunda geração, e 5% na terceira geração. À vista disso, as empresas familiares possuem um ambiente que lida com questões familiares e negócios jurídicos longínquos, acarretando complexidades no processo sucessório. Levando em consideração esse cenário, fala-se cada vez mais sobre planejamento sucessório, sendo este um instrumento preventivo e aparentemente eficiente para evitar conflitos entre herdeiros, e buscar a distribuição da herança em conformidade com a vontade do finado. Conforme a legislação brasileira, há alguns instrumentos de planejamento sucessório, dentre eles, destaca-se aqui a constituição de sociedades, as holdings familiares, para a administração e partilha de bens no futuro. As holdings familiares são sociedades ou empresas individuais de sociedade limitada que possuem participação em outra pessoa jurídica, para o fim de controlar o patrimônio da família em virtude da organização patrimonial, diminuição de custo tributário e planejamento sucessório. Também, a constituição dessas empresas pode se dar por meio de sociedade simples ou empresária, sendo tal definida pelos próprios membros da família. Como uma das maiores utilidades, destaca-se a possibilidade de conter conflitos entre membros da família sem afetar a sociedade, mantendo-se seus objetivos. No entanto, o planejamento sucessório no âmbito destas empresas familiares traz certa análise e julgamentos, por este instituto esbarrar com disposições do Código Civil Brasileiro. Todavia, tanto o planejamento sucessório, quanto o patrimonial são buscados como caminhos legais com o propósito da melhor administração dos bens, seja para a preservação do patrimônio pessoal ou empresarial, e assim buscando minimizar perigos oriundos de crises econômicas e estruturais nas sociedades familiares.

¹ Bacharela em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo. Pós-graduanda em Direito e Processo Civil pela UNISC/CEISC. Autora correspondente. E-mail: 166939@upf.br.

² Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF – Campus Lagoa Vermelha. Acadêmico de Mediação de Conflitos pela Universidade Estácio. Autor correspondente. E-mail: marciogodinho@gmail.com.

³ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Bolsista CAPES. Especialista em Direito Público pela LFG. Bacharela em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Advogada. E-mail: taisacabeda@upf.br.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm>. Acesso em: 4 nov. 2022.

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes; TARTUCE, Flávio. **Planejamento sucessório: conceito, mecanismos e limitações**. Revista Brasileira de Direito Civil – RBDCivil, Belo Horizonte, v. 21, p. 87-109, jul./set. 2019.

MADALENO, Rolf. **Planejamento Sucessório**. [artigo científico]. Disponível em: <<https://ibdfam.org.br/assets/upload/anais/299.pdf>>. Acesso em: 4 nov. 2022.

SALMASI, Silvia Vidal; HANSEN, Tiago. Êxito na sucessão de empresas familiares: uma análise sistêmica do Grupo Matarazzo. In: ROMA, Andréia; PRÉCOMA, Daniele Cristine Andrade. (Coord.). **Práticas Sistêmicas na Solução de Conflitos: estudo de casos**. 1. ed. São Paulo: Leader, 2020. cap. 15. p. 185-195.

O ORÇAMENTO PARTICIPATIVO DIANTE DAS NOVAS TECNOLOGIAS

Róger Ribeiro Vieira¹

O orçamento participativo (OP) é um processo onde a população passa a decidir diretamente os destinos e rumos do dinheiro público. A experiência que se destaca, sendo modelo para as demais, é a de Porto Alegre, implementada em 1989. Proporcionou um grande avanço na participação popular e no exercício da cidadania (SANTIN, 2017, p. 156), dando maior transparência nos orçamentos públicos. Se executava por meio de assembleias, onde o poder público disponibiliza informações referentes às verbas disponíveis, cabendo aos cidadãos a elaboração de demandas e posterior votação das que serão prioridade (CARVALHO; ARAUJO, 2010, p. 461). Passados mais de trinta anos, com uma sociedade profundamente transformada com diversos avanços tecnológicos, há de se buscar maneiras para resgatar este importante mecanismo de participação popular. Nas palavras de Rennó e Souza (2012, p.236) “[o OP é] o programa participativo brasileiro mais conhecido internacionalmente”. No entanto, observa-se uma perda de importância do mecanismo. Em Porto Alegre, considerada o berço do OP, após um longo processo de fragilização, o programa está praticamente extinto (DIAS et al., 2021, p. 50). Em muitos outros casos, os governos consideram OP as audiências públicas consultivas exigidas pela Lei de Responsabilidade Fiscal (DIAS et al., 2021, p. 140). Na prática, não são iniciativas decisórias reais. Iniciativas como o “e-Cidadania” e “e-Democracia”, do Senado Federal e Câmara dos Deputados, respectivamente, possibilitam a participação nos trabalhos das casas. São positivas e importantes, já pensadas no âmbito digital, mas possuindo um papel apenas consultivo, ainda sem o impacto do OP. A mera resposta de formulários online é insuficiente para assegurar o envolvimento do cidadão na gestão pública. Nesse sentido, as assembleias demonstram ser mais efetivas, dado o seu caráter decisório e coletivo. As inovações tecnológicas possibilitam a replicação de tais experiências no âmbito virtual, com iniciativas síncronas (como videochamadas), ou assíncronas (como fóruns de discussão online). Devendo sempre se ater às diversidades e disparidades da população, bem como às dificuldades de acesso. Uma opção é a união do presencial com o virtual, realizando fases diferentes de participação, ou até uma forma híbrida, mas garantindo que uma não anule a outra, ou seja, que haja uma igualdade independente da forma de participação. Também, é necessário garantir a

¹ Discente do curso de graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). 181745@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/9433977229727193>.

execução das demandas, pois na ausência de disposição legal, passa a ser uma mera conveniência política. Isso foi observado em Porto Alegre, com seu processo de desvirtuamento iniciado em 2004 com a mudança de governo, onde o programa perdeu importância e deixou de ser cumprido com a obrigatoriedade que era anteriormente tratado (RENNÓ; SOUZA, 2012, p. 234). O ideal é que o OP tenha caráter impositivo, ou seja, as indicações devem ser cumpridas obrigatoriamente, vinculando a decisão popular ao orçamento público. Os resultados positivos do OP no exercício da cidadania e no envolvimento do indivíduo diretamente na gestão pública são inegáveis. Está claro que os programas de orçamento participativo atuais e futuros deverão resgatar o impacto e os pontos positivos da experiência de 1989, aliando-se às novas tecnologias e adaptando-se às realidades locais, sem negligenciar seu caráter decisório. E, para garantir sua efetividade, devem vincular as decisões do OP de forma obrigatória ao orçamento público.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, C. M.; ARAUJO, G. J. F. O orçamento participativo: avanços e desafios do Orçamento Participativo de Araraquara em direção à ampliação da cidadania local. **Gestão e Sociedade**, v. 4, n. 7, p. 458-488, 2010. Disponível em: <https://doi.org/10.21171/ges.v4i7.941>. Acesso em 24 out 2022.

COSTA, W. P. DA. Orçamento público: a importância do orçamento participativo na gestão pública. **Revista Controle - Doutrina e Artigos**, v. 15, n. 2, p. 210-234, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.32586/rcda.v15i2.389>. Acesso em 23 out 2022.

DIAS, Nelson et al (org.). **Atlas Mundial dos Orçamentos Participativos 2020 - 2021**. Portugal: Epopeia e Oficina, 2021. Disponível em: <http://www.oficina.org.pt/atlas>. Acesso em: 23 out. 2022.

SANTIN, Janaína Rigo. **Estado, Constituição e Administração Pública no Século XXI: novos desafios da cidadania e do poder local**. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

PEREIRA, Marcus Abílio; BERNARDES, Cristiane; VALE, Maria Letícia. O papel da moderação nas Audiências Públicas Interativas do e-Democracia: entre a promoção do debate e o receio da censura. **Revista Brasileira de Ciência Política**, [S.L.], p. 1-39, jan. 2021. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/0103-3352.2022.37.249679>. Acesso em: 24 out. 2022.

RENNÓ, Lúcio; SOUZA, Aílton. A metamorfose do orçamento participativo: mudança de governo e seus efeitos em Porto Alegre. **Revista de Sociologia e Política**, v. 20, n. 41, p. 235-252, 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/S0104-44782012000100014>. Acesso em 23 out 2022.

A QUESTÃO DA FRATERNIDADE COMO PRINCÍPIO EM DEFESA DA SUSTENTABILIDADE NO ÂMBITO JURÍDICO BRASILEIRO

Nara Suzana Stainr Pires¹

Pablo Machado de Souza²

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objetivo demonstrar a visão distorcida da Fraternidade e destacar sua autoridade dentro do contexto jurídico, bem como levantar sua legitimidade como categoria jurídica, e por vez adotar a necessidade de uma hermenêutica empenhada com a efetividade dos direitos, especialmente no que tange a sustentabilidade. A partir disto, aborda-se que a complexidade que engendra a sociedade contemporânea, e também engendra os atores do Direito, o qual abarca a legitimidade das normas, em especial relativa a aplicação da Fraternidade no campo da normatividade. Em seguida se questiona a Fraternidade como uma nova categoria de direito. Estas questões justificam e provocam o debate acerca de um tema que se evidencia cada vez mais relacionado ao pensamento jurídico. De tal modo, se destaca o método sistêmico, para a interpretação doutrinária, que se apresenta como ideal para a legitimidade da Fraternidade como categoria jurídica de princípio, em uma concepção transformadora de atitude e reflexão dos demais. Tratar do tema Fraternidade, remete a concepção imediata, a que se tem em mente, que é reconhecê-la tão somente como ideal filosófico, religioso, social ou político, afastando-a como categoria jurídica. Tal dificuldade por parte de todos que compõem a estrutura social e estatal em visualizar a Fraternidade sob o ponto de vista jurídico está em sua essência por entender que seria apenas centra-se nos valores naturais do ser humano que foi amplamente difundida pela Doutrina Religiosa com cunho religioso, se referindo a bondade ou compaixão ao próximo, o que não denota consagração na posituação dos ordenamentos. Logo, o objetivo do presente estudo, com esteio na doutrina nacional e estrangeira, é evidenciar a visão distorcida da Fraternidade e destacar sua autoridade dentro do contexto jurídico, ao abordar sua legitimidade como categoria jurídica, e por vez adotar a necessidade de uma hermenêutica empenhada com a efetividade dos direitos. É válido observar que a Fraternidade e o campo jurídico não se excluem, contudo se aperfeiçoam ao

¹Doutora em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, Mestre em Direito pela UNISC-Universidade de Santa Cruz do Sul, Especialista em Direito Tributário e Ciências Penais, Diretora da UNISM –Faculdade de Ciências Jurídicas de Santa Maria, advogada. E-mail: narasuzana@fcjsm.com.br.

² Bacharel em direito pela Faculdade de Direito de Santa Maria-Fadisma e Assessor Jurídico em escritório de Advocacia. Endereço eletrônico: machado43souza@gmail.com.

almejar o reconhecimento de igualdade entre todos os seres humanos de forma harmônica, participativa e mútua. Sabe-se que a complexidade que engendra a sociedade contemporânea, também engendra os atores do Direito, o qual abarca a legitimidade das normas, em especial relativa a aplicação da Fraternidade no campo da normatividade. Porém, de outro lado se nota que os atores da jurisdição do Estado contemporâneo, por vezes adotam decisões políticas ou meramente econômicas confrontando direitos humanos fundamentais. Todos estes apontamentos justificam o tema que se inclui ao pensamento jurídico inserido na linha do Direito Constitucional multidisciplinar, e em seguida se questiona a Fraternidade como uma nova categoria de direito. Por se encontrar dentro do eixo temático, o propósito é corajoso, perante a dogmática existente, mas a preocupação é elevar o acesso crítico, motivacional e reflexivo, instigando outros a se dedicarem à temática, empenhada com a aplicação imediata dos direitos e seu reconhecimento como um dos valores supremos erigidos a nível magno. De tal modo, se lança mão do método sistêmico, para a interpretação doutrinária, que oferece o ideal para a legitimidade da Fraternidade como categoria jurídica de princípio, em uma concepção transformadora de atitude e reflexão dos demais. Deste modo, divide-se o estudo em dois capítulos, sendo que necessariamente se esboça a evolução histórica da inserção da Fraternidade para após legitimar a Fraternidade como categoria jurídica no ordenamento brasileiro contemporâneo, transcorrendo desde os direitos humanos, a recepção na Constituição Federal Brasileira, sua validade como princípio e como sustentação, adotando-se como marco teórico a historicidade da Fraternidade.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado constitucional democrático*. Forense: Rio de Janeiro, 2007.

_____, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

_____, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Suhrkamp: Baden-Baden. 4 ed. 2001.

BAGGIO, Antonio Maria. *A redescoberta da Fraternidade na época do "terceiro 1789"*. In: BAGGIO, Antonio Maria. (Org.). *O Princípio Esquecido/1*. Tradução: Durval Cordas, Iolanda Gaspar, José Maria de Almeida. Vargem Grande Paulista, SP: Cidade Nova, 2008.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 de maio de 2012.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em <http://www.humanrights.com/pt/what-are-human-rights/universal-declaration-of-human-rights/articles-01-10.html>. Acesso em 27 de maio de 2022.

MORIN, Edgar. *O método 4: as ideias: habitat, vida, costumes, organização*. Tradução Juremir Machado da Silva. Porto Alegre: Sulina, 2011.

ROSSETTO. Geralda Magella de Faria. *Apontamentos sobre a Fraternidade: por uma Racionalidade teórico-prática de sua sistematização jurídica*, Disponível em www.ruef.net.br/uploads.. Acesso em 10 de maio de 2022.

_____, Geralda Magella de Faria. *Principium Fraternitas: Contributo a metodologica interpretativa na perspectiva da proporcionalidade*. Direito e Fraternidade / Josiane Rose Petry, Olga Maria B.Aguiar de Oliveira. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

PIRES. Nara S.S./PES. João Hélio Ferreira. *O direito internacional dos direitos humanos como Condicionante para a consolidação de um estado Constitucional cooperativo brasileiro* . Disponível em www.publicadireito.com.br/artigos. 2013. Acesso em:10 de maio de 2022.

SOARES DA FONSECA, R. O Princípio Jurídico da Fraternidade no Brasil: Em busca de Concretização. *Revista dos Estudantes de Direito da Universidade de Brasília, [S. I.]*, v. 1, n. 16, 2019. Disponível em: <https://periodicos.unb.br/index.php/redunb/article/view/27948>. Acesso em: 23 maio.2022.

VERONESE, Josiane Rose Petry. *Direitos na pós-modernidade: a Fraternidade em questão* / Josiane Rose Petry, Olga Maria B.Aguiar de Oliveira. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2011.

RESUMOS – GT7 – CRIAÇÃO DO DIREITO PARA OS ESPAÇOS VIRTUAIS

NOVAS PERSPECTIVAS AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DO CONSTITUCIONALISMO DIGITAL

Sabrina D. Staats¹

Os avanços tecnológicos estão presentes nas mais diversas áreas da vida, e hoje fazem parte do dia-a-dia através das mais diversas plataformas sociais, como redes sociais, por exemplo. Diante desse novo quadro, pessoas, empresas de tecnologia, governos, sociedade civil, comunidade e órgãos regionais e globais reivindicam, incorporam, reconhecem e propõem direitos nas interações tecnológicas. (KARPPINEN; PUKKO, 2020, p. 312) Eis que as empresas de tecnologia desenvolvem termos de uso que se inserem na linguagem dos direitos e o Estado, por meio do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, tutela os direitos a dados pessoais e ao acesso à tecnologia, tendo de lidar com complexas reivindicações por direitos ao esquecimento e combatendo a desinformação para garantir o direito à informação. (ROBL FILHO; MARRAFON; PANSIERI, 2020, p. 142) Em virtude das amplas transformações ocorridas na sociedade, consequências de sua complexidade e pluralidade, surgem questões quanto às bases teóricas sobre o Constitucionalismo e o dever de proteção aos direitos fundamentais no ambiente digital, procura-se saber se as normas constitucionais conseguem responder aos desafios do ambiente digital? A partir disso, vislumbra-se uma nova perspectiva para o Direito Constitucional na seara do constitucionalismo contemporâneo: o constitucionalismo digital. O constitucionalismo pode ser definido como normas de caráter constitucional que postulam a limitação do poder político e a tutela de direitos fundamentais. (TEIXEIRA, 2019, p. 149) Já quanto ao Constitucionalismo Digital, Edoardo Celeste (2019) o define como uma declinação direta do Constitucionalismo Moderno, em um modelo mais dinâmico, construído sobre a ampliação de direitos reconhecidos em diferentes níveis, atua incorporando os princípios e valores constitucionais as novas realidades fáticas, estes Direitos Digitais alteram e ampliam as possibilidades dos indivíduos de exercerem seus Direitos Fundamentais. Assim, com as transformações ocasionadas pela inserção da tecnologia no Direito, a devida proteção aos direitos fundamentais também deve coadunar com as novas problemáticas que surgem disso, e o constitucionalismo digital aparece para responder tais questões unindo a teoria constitucional clássica com os novos direitos fundamentais que exigem proteção. Leva-se em conta que esses mesmos avanços tecnológicos

¹ Doutoranda em Direito pela UNISINOS, bolsista CAPES/PROEX. Mestre em Direito pelo PPGD - IMED, membro do Grupo de Pesquisa: "Direito e Inteligência Artificial - IAJUS", sob coordenação do Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais e Justiça da OAB - Passo Fundo/RS. Coordenadora do grupo de estudos de Direito Constitucional da ESA-OAB/RS. Advogada. E-mail: sabrinastaats@hotmail.com

que proporcionam novas possibilidades de concretização de direitos fundamentais, todavia, também suscitam novos riscos de sua violação. (MENDES, FERNANDES, 2020, p.12) Stefano Rodotà reconhece a urgência do reconhecimento de novos direitos fundamentais que assegurem os direitos da internet, bem como resguardecem o indivíduo contra interferências estatais e em face daqueles que detenham o poder da informação, responsáveis pela coleta global de dados. (RODOTÁ, 2014, p. 61) O constitucionalismo digital visto como uma nova vertente do constitucionalismo contemporâneo sobreveio diante da necessidade de reivindicação dos novos direitos emergidos com a sociedade da informação. Dessa forma, deve-se criar uma espécie normativa que resguarde os direitos emergentes, bem como limite os poderes na rede. Para tanto, os direitos provenientes do novo paradigma tecnológico necessitam de reconhecimento e concretização para que haja um crescimento tecnológico saudável e com a devida proteção aos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. Os princípios constitucionais entre deontologia e axiologia: pressupostos para uma teoria hermenêutica democrática. **Revista Direito GV**, nº 8, jul-dez 2008, São Paulo (SP). Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/35161/33966>

CELESTE, Edoardo. **Digital constitutionalism: a new systematic theorisation**. International Review of Law, Computers and Technology, v. 33, n. 1, p. 76–99, 2019.

CELESTE, Edoardo. (2018) Terms of service and bills of rights: new mechanisms of constitutionalisation in the social media environment? International Review of Law, Computers and Technology, v. 33, n. 2, p. 122–138

DANTAS, Miguel Calmon; CONI JR., Vicente. Constitucionalismo Digital e a Liberdade de Reunião Virtual: Protesto e Emancipação na Sociedade da Informação. **Revista de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 44 – 65, Jan/Jun., 2017.

Gill, Redeker e Gasser; (2015), Towards Digital Constitutionalism? Mapping Attempts to Craft an Internet Bill of rights. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2687120 . Acesso 18/11/2021

KARPPINEN, Kari; PUUKKO, Outi. Four Discourses of Digital Rights: Promises and Problems of Rights-Based Politics. **Journal of Information Policy**, Vol. 10, p. 304-328, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; OLIVEIRA FERNANDES, Victor. Constitucionalismo Digital e Jurisdição Constitucional: uma Agenda de Pesquisa para o Caso Brasileiro. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, v. 16, n. 1, p. 1-33, out. 2020.

MOLINARO, Carlos, SARLET, Ingo. Apontamentos sobre Direito, Ciência e Tecnologia na perspectiva de políticas públicas sobre regulação em Direito e Tecnologia. In: GILMAR MENDES; INGO WOLFGANG SARLET; ALEXANDRE Z. P. COELHO. (Org.). **Direito, Inovação e Tecnologia**. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 85-122.

PADOVANI, Claudia; SANTANIELLO, Mauro. Digital Constitutionalism: fundamental rights and power limitation in the Internet eco-system. **International Communication Gazette**, 2019, v. 80, n. 4, p. 295–301.

RODOTÀ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância**: A privacidade hoje. Rio de Janeiro: Ed Renovar, 2008.

ROBL FILHO, Ilton Norberto; MARRAFON, Marco Aurélio; PANSIERI, Flávio. Constitucionalismo como salvaguarda do Estado de Direito: crítica ao (ciber) populismo autoritário e a necessária reengenharia constitucional. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**: RIHJ., v. 18, p. 142, 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 4. ed. São Paulo: Editora Livraria do Advogado, 2014.

TAKANO, Camila Cardoso; SILVA, Lucas Gonçalves da. O Constitucionalismo Digital e as Novas Tecnologias da Informação e Comunicação (TIC). **Rev. de Direito, Governança e Novas Tecnologias**, Evento Virtual, v. 6, n. 1, p. 1-15, Jan/Jun., 2020

TEIXEIRA, Anderson Vichikesnki. Constitucionalismo transnacional: por uma compreensão pluriversalista do Estado constitucional. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 3, p. 141-166, set./dez. 2016.

TEUBNER, Gunther. Horizontal Effects of Constitutional Rights in the Internet: a legal case on the digital constitution. **Italian Law Journal**, v. 3, n. 2, p. 485–510, 2017.

QUEM É DONO DA PROPRIEDADE INTELECTUAL SOBRE DIREITO ARTIFICIAL?

Augusto Zanini¹

Jefferson Passa Folletto²

Leonardo José Ronssoni³

Maira Angélica Dal Conte Tonial⁴

A propriedade intelectual vem a ser o que cada pessoa produz e consequentemente patenteia, mas com a inovação e com o grande desenvolvimento tecnológico, a autoria de algumas obras que envolvem inteligência artificial entra em questionamento. A questão envolve quem será o autor da obra onde envolve as máquinas. Logo, será possível a autoria de robôs?

A Constituição Federal de 1988 protege a criação e contudo traz em seu texto o art. 5, inciso XXVII “aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar”. Logo percebe-se uma proteção constitucional sobre a autoria da obra e quanto “aos autores”, ou seja, pessoas.

Contudo, existe a criação de tecnologias, como também tecnologias criando conteúdos. No entanto, deve-se prestar atenção nas seguintes terminologias: *IA fraca* e *IA forte*, a fim de discutir autoria de máquinas, pois como se observa: *IA fraca* significa que a máquina não possui um *QI forte*, ou seja, não possui uma rede neural como o do ser humano, não conseguindo imitar, dessa forma, plenamente o comportamento humano. A *IA forte*, por outro lado, seria ao contrário, posto que a máquina conseguiria fazer as mesmas coisas que as pessoas fazem de forma autônoma. Entretanto, segundo a maioria dos autores, ainda está voltado à ficção científica. (BOFF; ABIDO, p. 306). Porém, esta afirmação vem enfraquecendo na medida em que o avanço tecnológico se acentua e se solidifica.

A inteligência artificial, dessa forma, vem se tornando cada vez mais presente na vida das pessoas, dado que diversas obras de artes, poesias e músicas, além de tantas outras criações são desenvolvidas por IA's (CANTALI, p. 1, 2). Portanto, tanto o corpo social contemporâneo, quanto o Direito, terão que se adaptar para com tais novas tecnologias.

Nesse sentido, já se observa que existem máquinas que por meio de outros textos conseguem criar textos literários, a exemplo o livro *Comes the Fiery Night*, um livro de *Haiku*, o

¹ Acadêmico do Nível VIII da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo UPF. E-mail: 178518@upf.br.

² Acadêmico do Nível VIII da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo UPF. E-mail: 178568@upf.br.

³ Acadêmico do Nível VIII da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo UPF. E-mail: 178581@upf.br.

⁴ Doutoranda em Direito pela Universidade de Passo Fundo UPF, Advogada e Mediadora Judicial. E-mail: mairatonial@upf.br.

responsável pela programação foi *David H Cope*, neste livro contém alguns poemas de autores renomados japoneses e alguns são criados pela máquina. (BOFF; ABIDO, p. 308).

Logo, uma solução seria passar a autoria para o criador do *software*, consequentemente pessoas jurídicas. (CANTALI, p. 15). Porém, é possível introduzir personalidade jurídica a máquina?

Do ponto de vista do Direito Autoral, o Parlamento Europeu defende que ou será necessário entender que não há Direito Autoral sobre a obra criada e, portanto, a obra estaria em domínio público, ou criar um Direito Autoral autônomo de um robô que é titular de uma personalidade jurídica eletrônica. (Cantali, p. 16).

Ademais, as leis brasileiras não prevêm tais autorias para máquinas. A Lei n. 9910/98 explicita em seu art. 11, *caput*: “A pessoa física é criadora de obras literárias, artísticas e científicas, e apenas em seu parágrafo único explica que em casos previstos em lei, pode-se aplicar a autoria às pessoas jurídicas”. Contudo, em nenhum momento as leis brasileiras e nem internacionais prevêm explicitamente para quem ficaria a autoria de uma obra criada pela Inteligência Artificial.

Portanto, ainda há muito o que se debater sobre a autoria, posto que insuficiente o disposto e pesquisado sobre o referido tópico jurídico. Cabe ressaltar, inclusive, que prevendo uma segurança em relação às máquinas e também para não sermos comparados a elas, os direitos autorais deverão ser destinados para as pessoas seja jurídica ou físicas que criam, a máquina ou as que programaram para produzir tal conteúdo, pois temos que dominar as máquinas e não dar tanto poder a elas.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 9.610. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9610.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%209.610%2C%20DE%2019%20DE%20FEVEREIRO%20DE%201998.&text=Altera%2C%20atualiza%20e%20consolida%20a,autorais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs%20que%20lhes%20s%C3%A3o%20conexos>. Acesso em: 01 de nov. de 2022.

BOFF, Salete Oro; ABIDO Leonardo. O Direito de Autor no Brasil de Obras

Produzidas pela Inteligência Artificial. **Revista da Faculdade Mineira de Direito**, ano 2020, v. 23, n. 45, p. 301-317, 26 de jun. de 2020. Acesso em: 01 nov. 2022.

CANTALI, Fernanda Borghetti. Inteligência Artificial e Direito de Autor: Tecnologia Disruptiva Exigindo Reconfiguração de Categorias Jurídicas.

Revista de Direito, Inovação, Propriedade Intelectual e Concorrência, ano 2018, v. 4, n. 2, p. 1-21, jul-dez. 2018. Acesso em: 01 nov. 2022.

O COMPROMISSO DO DIREITO NA REGULAMENTAÇÃO DO TRANSHUMANISMO E O PROBLEMA DA SUPERPOPULAÇÃO

Talissa Truccolo Reato¹

Morgan Stefan Grando²

Considerando que os avanços científicos têm alcançado o que há pouco tempo era produto da imaginação, o transhumanismo tem relação com a longevidade e, até mesmo, com a imortalidade humana. É como se a tecnologia tivesse o poder de proporcionar a vida eterna na Terra. Ocorre que, ao mesmo tempo, este mesmo planeta, por causas antrópicas, sofre com as mudanças climáticas, com poluição, desmatamento, extinção de espécies, degradação do solo e água. Padece também de outro problema, que é a superpopulação. Se as tecnologias biomédica e cibernética são capazes de alcançar a melhoria humana, é preciso refletir sobre como o excesso exacerbado de população pode causar sobrecarga na Terra e em que medida o direito precisa regular esta situação. O objetivo geral da pesquisa é analisar o papel do direito na regulamentação do transhumanismo (culto à técnica), como cosmovisão da pós-modernidade, no que diz respeito à adversidade da superpopulação. Em termos específicos, o primeiro objetivo é verificar o que se entende por transhumanismo, após, estudam-se aspectos da superpopulação para, no momento final, compreender o encargo do direito como regulador do investimento em melhorias humanas (com o uso de tecnologias) em relação aos problemas ambientais causados e os projetados para o futuro por causa do excesso populacional. Esta pesquisa se justifica porque cada vez mais a ciência proporciona a fusão do homem com a máquina, melhorando diversas capacidades biológicas com medicamentos e manipulação genética. Destarte, assim como ocorre na seleção natural, a tecnologia pode proporcionar a aparição de novas espécies pós-humanas. Sendo assim, já se vivencia nos dias de hoje um problema com a superpopulação, que causa um déficit ambiental e que, a longo prazo, pode causar um colapso derivado da sobrecarga na Terra. Sendo assim, o direito tem função de regulamentar o transhumanismo para que não se torne um revés no futuro próximo. Em termos de metodologia, a pesquisa é classificada como básica, qualitativa, exploratória, bibliográfica, realizada pelo método hipotético-dedutivo. A pergunta de pesquisa questiona em que medida o direito deve regulamentar ações transhumanistas para fins de minimizar os impactos ambientais,

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Caxias do Sul. Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Graduada em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. Professora do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: talissareato@upf.br

² Mestrando em Direito pela Universidade de Passo Fundo (2022/). Graduated in Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões. E-mail: morgan.grando@gmail.com

especialmente no que tange à superpopulação. Por fim, como resultado, projeta-se que o direito precisa intervir regendo normas e balizando os avanços da tecnologia, uma vez que apesar de trazer benefícios à humanidade, paradoxalmente o transhumanismo é capaz de causar imbróglios para a manutenção da vida na Terra.

REFERÊNCIAS

BARRETO, Castro. **A Super população da Terra e suas perspectivas**. A Defesa Nacional, v. 46, n. 535, 1959.

CRAICE, Carla. **População e Consumo**: considerações para o debate ambiental. Revista Espinhaço, 2012.

DIÉGUEZ, Antonio. **Transhumanismo**: la búsqueda tecnológica del mejoramiento humano. Barcelona: Herder, 2017.

EMPOLI, Giuliano Da. **Os engenheiros do caos**. Tradução: Arnaldo Bloch. 1 ed. São Paulo: Vestigio, 2019.

HOTTOIS, Gilbert. **¿El transhumanismo es un humanismo?** Universidad El Bosque, 2020.

HOTTOIS, Gilbert. **Humanismo; Transhumanismo; Posthumanismo**. Revista colombiana de bioética, v. 8, n. 2, p. 167-192, 2013.

HUI, Yuk. **Tecnodiversidade**. Ubu Editora, 2020.

POULIQUEN, Tanguy Marie. **Transhumanismo y fascinación por las nuevas tecnologías**. Madrid, Editorial Rialp, 2018.

DEMOCRACIA AMEAÇADA: UMA ANÁLISE SOBRE O CAMINHO DA VENEZUELA AO ATUAL CENÁRIO POLÍTICO

Greice Busato e Souza¹

Maira Zenni Carbonera²

Diante do atual cenário político, principalmente da polarização de ideologias e disseminação de informações inverídicas, é de suma importância a contextualização de questões relativas à democracia. Primeiramente, cabe definir o sentido técnico da palavra “democracia”. Em síntese, a democracia é um modelo de governo em que o povo exerce a soberania, ou seja, os cidadãos elegem seus representantes políticos por meio do voto. Lincoln definiu a democracia como “*o governo do povo, pelo povo e para o povo*”. A Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, traz em seu artigo 2 a seguinte narrativa: “*A Venezuela constitui-se como um Estado Democrático e Social de Direito e Justiça...*” Posto isso, mesmo que a Constituição Venezuelana defenda a democracia, a situação atual do país vai de encontro ao texto jurídico. Senão vejamos. Em 1958, o pacto de Punto Fijo foi firmado na Venezuela, tal medida visava garantir a democracia do país, haja visto que os três partidos existentes acordaram em aceitar qualquer que fosse o resultado das eleições. Entretanto, na prática o pacto limitou a participação no poder somente de algumas famílias. Em 1989, houve uma grande explosão social gerando o movimento conhecido como “Caracaço”. A revolta reivindicava a fome e a opção de novas lideranças políticas. A maior liderança do movimento era Hugo Chávez, que tentou um Golpe de Estado, mas falhou. Todavia, enfraqueceu o governo de Carlos Andrés Pérez Rodríguez. Logo após, Chávez chegou a presidência por um meio mais convencional, se candidatou foi eleito. O novo presidente convocou uma nova assembleia constituinte, a qual tinha 131 lugares e 120 ficaram com seus aliados. Em síntese, a nova Constituição aumentou a poder do presidente e deu mais prerrogativas ao executivo. Não satisfeito, Chávez criou a Lei Habilitante, que dava poder ao presidente de decidir assunto por meio de decretos sem sequer consultar o legislativo. Outrossim, o presidente aumentou o número de magistrados da Suprema Cortes, todos seus aliados. Antes de morrer, Chávez conseguiu aprovar uma EC que restou ilimitado o número de mandatos do chefe do poder executivo. Após isso, Nicolás Maduro assumiu o executivo e viu a economia desabar. A principal atividade econômica do país era voltada para o Petróleo, o qual teve o preço despencado em 2014, gerando crise no país. Houve protestos contra o presidente Maduro, que foi barrado com muita agressão. Em 2018 Maduro se reelegeu com a eleição que

¹ Aluna do curso de Direito da Escola de Ciências Sociais e Jurídicas Da Universidade de Passo Fundo. 186606@upf.br.

² Aluna do curso de Direito da Escola de Ciências Sociais e Jurídicas Da Universidade de Passo Fundo. 188085@upf.br.

teve mais abstenção na história e foi considerada fraudulenta. Como se não bastasse, a crise foi sensivelmente agravada por diversas sanções econômicas impostas pelos EUA. Diante do exposto, será que cabe enquadrar a Venezuela como um país comunista? Vejamos. Em resumo, o comunismo veio como alternativa de atingir a sociedade igualitária através a extinção da sociedade privada, passando pelo socialismo. No entanto, o país se denomina com o objetivo instaurar o regime socialista, porém que nunca triunfou de forma plena. Por fim, conclui-se que a Venezuela vem encarando uma crise há anos e o principal motivo é a econômica exclusivamente focada no petróleo. Além da polarização de ideologias, onde esquerda e direita passaram a ver uma na outra ameaças existências. Há muitos conflitos na Venezuela, mas infelizmente a maior preocupação não está sendo a proteção de democracia.

REFERÊNCIAS

REALE, Miguel. **Teoria do Direito e do estado**, 5ª edição: Editora Saraiva, 2013. E-book. ISBN 9788502135437.

Meteoro Brasil. 25 de fevereiro de 2019, disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=8TDfdcUR4ME>

Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999.

HASWANI, Mariângela Furlan. A comunicação estatal como garantia de direitos: foco no Brasil, na Colômbia e na Venezuela. São Paulo, 2010. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5217027/mod_resource/content/1/TESE%20-%20CAP%C3%8DTULO%201.pdf

BARROS, Pedro Silva. GOVERNO CHÁVEZ E DESENVOLVIMENTO: A POLÍTICA ECONÔMICA EM PROCESSO. São Paulo 2007. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/9307/1/PEDRO%20SILVA%20BARROS.pdf>

Vanessa Ramos Casagrande¹

Ultrapassados os horrores da ditadura, a Assembleia Constituinte viu-se diante da função de apaziguar múltiplos setores da sociedade brasileira e a Constituição Federal de 1988 é resultado de um intenso, amplo e democrático pacto firmado com o objetivo de firmar uma carta de direitos e fragmentar o exercício do poder, de modo a apaziguar as desconfianças entre os múltiplos grupos que participaram deste processo de transição. A ideia de entrincheirar direitos no texto constitucional se revelava a melhor garantia para dias melhores. Assim, com o passar dos anos, as forças políticas mais atuantes jogaram dentro das linhas traçadas pela Constituição Federal, a qual se mostrou resiliente e efetiva. Entretanto com o passar dos anos, o confortável cenário democrático, possivelmente, conferiu a segurança perigosa a que Levitsky e Ziblatt mencionam sobre os movimentos pendulares da democracia, e a necessidade que as gerações não diretamente afetadas por regimes autoritários possuem em abrir-se para regimes questionáveis. Por certo que a possibilidade de abertura para estes regimes, e destas manifestações contra o poder em exercício são justamente reflexo da liberdade que a democracia garantiu. Entretanto, é de se refletir sobre a dimensão de tais movimentos. Se as manifestações de 2013 refletiram insatisfação com o aumento das passagens de ônibus e metrô em São Paulo, mas não consubstanciavam uma agressão ao regime democrático sendo, em verdade, resultado dessa liberdade, foi também a partir de 2013 que o Brasil passou a experimentar uma grande polarização de sua vida política. Talvez o primeiro grande ataque às garantias até então conquistadas vieram com as dúvidas lançadas sobre a lisura do processo eleitoral ocorrido na disputa entre Aécio Neves e Dilma Rousseff. Ato contínuo vieram as manifestações pela volta dos militares ao poder, os escândalos de corrupção, as tumultuadas eleições de 2018 abaladas pela prisão do ex-presidente Lula e o atentado sofrido por Jair Bolsonaro. Com a eleição de Jair Bolsonaro a oposição se tornou ainda mais ferrenha e a situação de belicosidade mais evidente. Contudo, a Constituição Federal mostrou-se resiliente aos solavancos sofridos, entretanto, conforme o mandato progrediu, diversas situações limítrofes foram experimentadas. A belicosidade nunca foi tão evidente na jovem democracia brasileira. A expressão ‘crise democrática’ ganhou as capas de todos os jornais e virou expressão corriqueira até para quem não é da área jurídica ou política. É preciso olhar atento se

¹ Mestranda em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). Mestranda em Tecnologias e Políticas Públicas sobre Gestão Ambiental na Universidade de Alicante/ Espanha – Instituto Universitário da Água e das Ciências Ambientais. Bolsista UPF. Advogada. Graduada em Direito pela Universidade do Planalto Catarinense (UNIPLAC). E-mails: vanessarcasagrande@hotmail.com; 189338@upf.br

o momento vivenciado retrata apenas uma crise da Constituição em resolver e preservar o sistema nela previsto, ou uma crise que recai sobre a sobrevivência da própria Constituição. Por óbvio, a tensão entre os poderes faz parte do cotidiano de uma democracia constitucional e, em verdade, traduzem o bom funcionamento das previsões constitucionais e a própria vitalidade da Constituição. Porém, quando o ataque se dá ao núcleo duro da Constituição, como a Separação dos Poderes, por exemplo, horrores de toda sorte se apresentam. A tensão entre os poderes é resultado justamente do sistema de freios e contrapesos necessário para manutenção do equilíbrio. A centralização do controle em apenas um dos poderes é que deve causar medo e insegurança. Serve de exemplo bastante elucidativo o ocorrido na Alemanha nazista com a centralização do poder nas mãos de Hitler. Por todo o vivenciado no Brasil, a defesa da Constituição deve ser o objetivo primordial, a fim de evitar novos regimes autoritários.

REFERÊNCIAS

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. 2022.

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. 2022.

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.

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, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2244629>

LEVITSKY, Steven. Ziblatt, Daniel. (trad. Renato Aguiar). **Como as democracias morrem**. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

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. 2022.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **A Batalha dos Poderes**: Da transição democrática ao malestar constitucional. São Paulo: Companhia das Letras, 2018

RESUMOS – GT9 – TEORIA DO RISCO E DESASTRES AMBIENTAIS
GESTÃO SOCIOAMBIENTAL DO RISCO FRENTE À EVENTOS EXTREMOS

Marcela Lima De Lima¹
Francielle Benini Agne Tybusch²

As cidades, muitas vezes, desenvolvem-se em direção a ambientes frágeis para a habitação, como florestas, encostas e mananciais. Essas ocupações surgem fora dos padrões legais de regulamentação de uso, de maneira rápida e desorganizada. Nessa perspectiva, as construções inadequadas e a ausência de planejamento para o crescimento de cidades configuram algumas das principais causas geradoras e agravantes dos desastres. Tais centros urbanos permanecem expostos, diariamente, a todos os tipos de ameaças naturais, as quais variam entre os casos mais simples – como o calor excessivo –, aos mais complexos – como inundações, deslizamentos e epidemias. Dessa forma, observa-se que as consequências dos desastres são mais proeminentes em centros urbanos mais concentrados, em relação a locais de menor concentração, devido, justamente, às diferenças no número de pessoas habitantes e de construções existentes nos locais, especialmente em áreas cujos limites de estabilidade física são baixos. Além disso, a ausência de planejamento e a rápida transformação espacial, comuns em maiores centros urbanos, agravam ainda mais essa problemática. Percebendo a complexidade no entorno das questões que envolvem os desastres, surgem as necessidades de buscar alternativas para a problemática da gestão de processos e pessoas, e a da construção de uma gestão socioambiental do risco nos empreendimentos. O método de abordagem utilizado foi o método pragmático-sistêmico, pois confere a fusão entre diversos sistemas, como Direito, política, cultura, ecologia e ciência, em uma construção comunicativa entre os sistemas a partir de uma perspectiva dialógica para uma construção pragmática do discurso (ROCHA, 2004). Como método de procedimento, na pesquisa em tela, será utilizada a análise bibliográfica e documental, bem como a pesquisa de opinião com análise de discurso (entrevistas), e pesquisas de campo aplicada à Santa Maria – RS e região. 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, entrevistas e diário de campo. Também serão realizadas reuniões semanais, pelo Grupo de Pesquisa, para a sistematização dos dados e materiais e o

¹ Discente do 1º semestre do Curso de Direito da Universidade Franciscana – UFN. E-mail: marcela.lima@ufn.edu.br

² Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Professora do Curso de Direito da Universidade Franciscana – UFN. Coordenadora do Laboratório de extensão da Universidade Franciscana – UFN. E-mail: francielle.agne@prof.edu.br

fortalecimento da relação entre pesquisadores, estudantes e sujeitos da pesquisa. Diante disso, a ideia principal é fazer com que a gestão circular do risco perpassasse pelo elemento fundamental socioambiental: o equilíbrio entre o meio ambiente e o ser humano. Ou seja, encontrar meios de consolidar direitos dos potenciais atingidos, preservando o meio ambiente em suas mais diversas dimensões, de forma a abranger as esferas transnacionais e transgeracionais do Direito. O objetivo geral do projeto é analisar os fenômenos que envolvem as questões do Direito dos Desastres e da Gestão Socioambiental do Risco, no intuito de buscar alternativas para o desenvolvimento de um sistema de gestão circular socioambiental do risco frente a eventos extremos.

REFERÊNCIAS

AGNE TYBUSCH, Francielle Benini; CARVALHO, Délton Winter. Justiça Ambiental e o Direito dos Desastres: O direito à informação ambiental como condição de possibilidade de redução de vulnerabilidade social na América Latina. In: XXV Congresso do Conpedi – Curitiba, 2016. Direito e Sustentabilidade I. Florianópolis, SC: CONPEDI, 2016, v,1, p. 133-152.

_____; TYBUSCH, Jerônimo Siqueira. Ecologia Política, Redes Colaborativas e Justiça Ambiental no Brasil. In: Direito & Novas Mídias. OLIVEIRA, Rafael dos Santos; SILVA, Rosane Leal da. (Orgs). Curitiba: Íthala, 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. As mudanças climáticas e a formação do Direito dos Desastres. In: Revista NEJ – Eletrônica, Vol. 18 - n. 3 - p. 397-415 / set-dez 2013. Disponível em: www.univali.br/periodicos Acesso: 27 jul. 2021.

FARBER, Daniel. Disaster Law and Emerging Issues in Brazil. In: Revista de estudos constitucionais, hermenêutica e teoria do direito – (RECHTD), 4(1): 2- 15 janeirojunho, 2012. Disponível em: https://research.fit.edu/sealevelriselibrary/documents/doc_mgr/1462/Farber.%202012.%20Disaster%20law%20and%20emerging%20issues%20in%20Brazil.pdf Acesso em: 27 jul. 2021.

O QUE OS SERIADOS *MODERN FAMILY*, *GRACE AND FRANKIE* E *UPSHAW* PODEM NOS ENSINAR SOBRE DIREITO DAS FAMÍLIAS? UMA ANÁLISE SOB A ÓTICA DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Mariana Galvan dos Santos¹

Muitas vezes é possível que os espectadores se identifiquem com seriados que assistem (as angústias, as frustrações e as alegrias dos personagens). São diversas as situações as quais podem ser identificadas com a “vida real”. Nesse sentido, objetiva-se analisar os conflitos familiares das séries *Modern Family*, *Grace and Frankie* e *Upshaw*, sob a ótica do direito das famílias brasileiro.

Inicialmente, serão exploradas as questões familiares que ocorrem na série *Modern Family*, que possui onze temporadas dispostas entre o ano de 2009 e 2020. Esse seriado trata de uma grande família, tendo como patriarca *Jay Pritchett*, um senhor, que apesar de não ser tratada de sua idade, imagina-se que possui mais de setenta anos. A família reside em Los Angeles, mas em bairros distintos da cidade.

Jay possui dois filhos com *Dede*, *Claire* e *Mitchell*, que já são adultos e possuem suas próprias famílias. E após seu casamento findar-se com a primeira esposa, casou-se com *Glória*, uma colombiana muito mais jovem que ele. Nesse sentido já podemos visualizar um reflexo do direito de família brasileiro.

Pelo patriarca possuir mais de setenta anos, para poder realizar um casamento entre ele e *Glória*, necessário se faz que o regime de bens adotado por estes seja o regime de separação obrigatória, conforme a inteligência do art. 1.641, II, do Código Civil de 2002, o qual dispõe que: “É obrigatório o regime da separação de bens no casamento: [...] da pessoa maior de 70 (setenta) anos”.

Contudo a doutrina e a jurisprudência entendem de forma que não deve ser aplicado de forma universal esse regime, e nessa perspectiva Rodrigo da Cunha Pereira e Edson Fachin (2021, p. 163) dialogam que “Embora o regime da separação obrigatória de bens, seja no sentido de proteger pessoas vulneráveis, muitas vezes ele provoca injustiças, especialmente nos casos de pessoas que se casaram com idades impostas por esse regime”. No caso concreto, *Jay* e *Glória* estão em plena capacidade, o que não necessitaria de um regime obrigatório de bens, uma vez que caso desejassem regime de separação de bens, poderiam escolhê-lo.

¹ Acadêmica do X Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo, Campus Casca. E-mail: marianagalvansantos@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2406108190521726>.

Nesse mesmo sentido dispense Rolf Madaleno (2022, p. 965) que “Em face do direito à igualdade e à liberdade ninguém pode ser discriminado em função do seu sexo ou da sua idade, como se estas fossem causas naturais de incapacidade civil”. Ou seja, o que se entende é que da velhice não decorre, instantaneamente, uma incapacidade. E para corroborar com esse entendimento, o Supremo Tribunal Federal (STF) estabeleceu na Súmula 377 que: “No regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

No universo do seriado, *Glória* possui um filho anterior ao casamento com Jay, um pré-adolescente chamado *Manny*, que é criado pelo casal. Nesse sentido, Jay tem uma participação muito grande no desenvolvimento do menor, gerando, sob a ótica do direito brasileiro, uma possibilidade de reconhecimento de paternidade socioafetiva, uma vez que possui papel de pai na vida de *Manny*.

E sob esse ponto de vista, o doutrinador Arnaldo Rizzardo (2018, p. 442) entende:

A verdade sociológica da filiação se constrói, revelando-se não apenas na descendência, mas no comportamento de quem expende cuidados, carinho e tratamento, quer em público, quer na intimidade do lar, com afeto verdadeiramente paternal, construindo vínculo que extrapola o laço biológico, compondo a base da paternidade. Assim, tem-se que a posse do estado de filho se configura sempre que alguém age como se fosse o filho e outrem como se fosse o pai, pouco importando a existência de laço biológico entre eles.

No Código Civil, o art. 1.596 dispõe que: “Os filhos, havidos ou não da relação de casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”. O que leva a concluir que a filiação socioafetiva e a biológica possuem os mesmos direitos, e deveres, perante os pais.

Ainda, na série, Jay possui a filha *Claire*, que é casada e tem três filhos e também o filho *Mitchel*, que inicia a série com uma união estável com *Cam*, e após a possibilidade de casamento homoafetivo nos Estados Unidos, casam-se. *Cam* e *Mitchel* objetivam construir uma família, o que gera a vontade de terem filhos, levando os mesmos a adotarem *Lilly* e, depois, *Rexford*. Acerca da adoção, Rolf Madaleno entende ser “o exemplo mais pungente da filiação socioafetiva, psicológica e espiritual, porque sustentada, eminentemente, nos vínculos estreitos e únicos de um profundo sentimento de afeição” (2022, p. 732).

Na perspectiva de filiação, o seriado *UpShaw* (que possui duas temporadas, de 2021 e 2022) trata de uma família afro-americana na qual *Bennie*, casado com *Regina*, além dos três filhos do casal, possui um filho com outra mulher, o qual o teve durante a constância do casamento. Esse filho é reconhecido por *Bennie* e convive com toda a família de forma pacífica.

Ainda, na segunda temporada da série, o filho mais velho de *Bennie* e *Regina*, *Bernard*, que é homossexual, descobre que teve uma filha com uma namorada durante a adolescência. A família deseja que *Bernard* prossiga com a investigação da paternidade, contudo o mesmo

entende que a filha é sua, prosseguindo com o registro desta. Nesse ângulo, conforme a legislação civil brasileira, em seu art. 1.009, I, a averbação da paternidade pode ser efetuada diretamente no cartório no registro de nascimento da criança, sendo esse registro irrevogável.

Em outra ótica, a série *Grace and Frankie* (que possui sete temporadas, de 2015 a 2022), trata do fim do casamento de *Grace* e *Robert*, e de *Frankie* e *Sol*, com quarenta anos de casados e setenta anos de vida, os casais possuem filhos e vidas estáveis. *Robert* e *Sol* são sócios de um escritório de advocacia e possuem um relacionamento homossexual secreto, o que gera a decisão de ambos de se divorciar das esposas e viver o romance.

Em relação a lei civil brasileira, se ambos fossem casados pelo regime de comunhão universal de bens, que era o regime legal antes da Lei do Divórcio de 1977, conforme o art. 1.667: “importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges e suas dívidas passivas”, o que leva ao entendimento de Flávio Tartuce (2022, p. 236): “todos os bens adquiridos durante a união, por um ou ambos os cônjuges, são comunicáveis na comunhão universal. Também se comunicam os bens recebidos por um ou por ambos por herança ou doação durante o casamento”. Ou, exemplificando, tudo que ambos tinham antes ou construíram durante o casamento é divisível no caso de divórcio.

Na série, os casais possuíam uma casa em bairro nobre e uma residência na praia, e com o divórcio o casal ficou com uma das residências, e as ex-esposas com a outra. Mesmo com as diferenças existentes entre *Grace* e *Frankie* estas decidem morar juntas na casa de praia.

Ainda, no seriado, *Frankie* e *Sol* possuem dois filhos adotivos, sendo um deles conhecido como *Coiote*, que possuía dependência de substâncias químicas, o que poderia levar a uma interdição do mesmo. Segundo a lei brasileira, pode sofrer uma curatela o viciado em tóxico (conforme o art. 1.767, III, parte final do Código Civil), podendo esta ser promovida pelos pais, parentes ou pelo Ministério Público (art. 1.768 do Código Civil), e nesse caso, como pode haver tratamento eficaz para a dependência, esse deve ser proporcionado, em estabelecimento próprio, conforme fundamento do art. 1.776 do Código Civil.

Apesar dos conflitos, nas temporadas finais da série, o casal *Sol* e *Robert*, *Frankie* e *Grace* se tornam grandes amigos, e juntamente com seus filhos, netos, genros e noras tornam-se uma grande família ligada pela afetividade.

O que os três seriados trazem em comum é a realidade das famílias. Tratam de filiação sanguínea, socioafetiva, adotiva e também filhos havidos fora do matrimônio; casamentos homossexuais entre jovens e entre idosos; casamentos inter-raciais e entre pessoas de idades diferentes; diversos regimes de bens; divórcio; e interdição. Ou seja, situações que cotidianamente ocorrem nas famílias brasileiras.

O que se pode ressaltar é que na grande maioria das vezes, o que realmente importa dentro do seio familiar é o afeto entre os membros, pois as adversidades possivelmente vão ocorrer, cabendo ao direito das famílias pautar-se aos princípios fundamentais (de dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, solidariedade, diversidade, igualdade de filiação, proteção da prole e do idoso e afetividade) para a resolução dessas contendas, uma vez que a família é o bem maior da sociedade.

REFERÊNCIAS

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha; FACHIN, Edson. **Direito das Famílias**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família**. Vol. 5. 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

A INEFICÁCIA DO CONTRATO DE NAMORO FRENTE A POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE UNIÃO ESTÁVEL

Mariana Galvan dos Santos¹

O contrato de namoro é uma possibilidade relativamente nova, sendo disseminado nos últimos anos. E por outro lado, a união estável, é um instituto mais antigo, o qual surgiu a partir da Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, objetiva-se analisar o contrato de namoro e a união estável, de forma a verificar a possibilidade de reconhecimento de uma união estável mesmo sob circunstância de haver um contrato de namoro anteriormente realizado pelo casal.

É de suma importância ressaltar que o conceito de família modifica-se com a decorrência do tempo. Como exemplo, a partir da Constituição Federal de 1988, institucionalizou-se as famílias não matrimonializadas, com a concepção da entidade da união estável. Esse instituto foi criado pelo art. 226, § 3º, parte inicial, da Norma Maior, a qual dispõe que: “Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”. E de forma subsidiária, o Código Civil de 2002, também considerou acerca do instituto.

Segundo Arnaldo Rizzardo (2019, p. 851), essa entidade conceitua-se por “uma união sem maiores solenidades ou oficialização pelo Estado, não se submetendo a um compromisso ritual e nem se registrando em órgão próprio”. Dessa forma, apesar de oficializada apenas a partir da Constituição Cidadã, pode-se dizer que a união estável sempre existiu, uma vez que resume-se em uma união fática entre as pessoas, a qual, a partir de sua validação constitucional e após o Código Civil de 2002, possui requisitos essenciais para sua configuração.

O Código Civil atual, trata da união estável em seus art. 1.723 a art. 1.727, sendo que o conceito para caracterização desse instituto se dá no art. 1.723, caput, desse diploma legal, o qual exprime: “É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”. Então, é essencial tratar de forma detalhada dos pressupostos contidos no artigo acima referido. E mesmo sendo secundários, também serão tratados os requisitos de tempo, prole e coabitação.

¹ Acadêmica do X Nível do Curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. E-mail: marianagalvansantos@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2406108190521726>.

Conforme o entendimento de Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2021, p. 156), “A ideia de o casal ser reconhecido socialmente como uma família, em uma convivência pública, é fundamental para a demonstração, eventualmente judicial, da existência de uma união estável”, uma vez que não é qualquer namoro oculto que poderia configurar uma união estável, tendo em vista a necessidade da convivência do casal dever ser pública, conforme preconiza a lei e a doutrina.

Já acerca da continuidade e durabilidade do relacionamento, Rolf Madaleno (2022, p. 1.286) discorre que elas refletem a “estabilidade e seriedade” do relacionamento, podendo até haver alguns períodos de suspensão do mesmo devido a conflitos, contudo, de forma que haja reconciliação posterior, uma vez que desentendimentos e pequenas separações podem ocorrer em uniões matrimonializadas também. Portanto, cabe ao julgador averiguar se essas interrupções deixam de configurar o requisito de continuidade para o reconhecimento da união estável.

No mesmo enfoque, Arnaldo Rizzardo (2019, p. 857) dispõe no sentido que “embora não se encontre estabelecido um padrão de tempo exato, um certo período de duração mínimo se requer”, de forma que curtos namoros não configuram uniões estáveis, devendo haver razoabilidade de tempo para a configuração da mesma.

Sobre o objetivo de constituir família, esse não só representa a necessidade de haver prole, uma vez que há uma variedade de constituições familiares que não somente aquela tradicionalmente idealizada (genitores e filhos). E da mesma forma, cabe ressaltar que não há um “molde” ao qual esse objetivo se enquadra, devendo o magistrado, no caso concreto, verificar certos pressupostos, que podem apurar o intuito da constituição de família. Nesse mesmo sentido Rolf Madadelo (2022, p. 1.287-1.288) induz:

O propósito de formar família se evidencia por uma série de comportamentos exteriorizando a intenção de constituir família, a começar pela maneira como o casal se apresenta socialmente, identificando um ao outro perante terceiros como se casados fossem, sendo indícios adicionais e veementes a manutenção de um lar comum e os sinais notórios de existência de uma efetiva rotina familiar [...] Nessa linha de pensamento deve ser vista a união estável e a emissão da vontade de constituir família, que não tem uma fórmula própria, sacramental e única, mas é pesquisada no comportamento global dos conviventes [...] Possivelmente, a pesquisa do ato volitivo de querer constituir família seja a maior tarefa do julgador quando enfrenta uma demanda declaratória de união estável, sendo impossível reconhecer qualquer formação de entidade familiar quando a relação se ressentir desse livre e consciente objetivo de seus partícipes. Devem os conviventes realmente pretender formar família, à semelhança do casamento e em plena comunidade de vida, e realizarem, uníssonos, o propósito de viverem um pelo outro, despojados de outras relações.

Ainda, cabe ressaltar acerca dos requisitos preconizados na Constituição Federal de 1988 e no Código Civil de 2002 para a configuração de união estável, que a diversidade de sexos (homem e mulher) não mais se aplica. Sendo possível a configuração de união estável entre

peçoas do mesmo sexo uma vez que “o rol das entidades familiares previsto no Texto Maior é considerado meramente exemplificativo ou descritivo e não taxativo, admitindo-se, como união estável, a união entre o homem e o homem, e a mulher e a mulher” (TARTUCE, 2022, p. 478). Dessa forma, pode ser configurada a união estável homoafetiva da mesma forma da união heteroafetiva.

Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Pamplona Filho (2021, p. 158) entendem que além dos requisitos básicos mencionados acima, há elementos acidentais que podem facilitar o reconhecimento de uma união estável judicialmente. Alguns desses elementos são: o tempo de relacionamento, a presença de prole e a existência de coabitação. Cabe ressaltar, que não são condições necessárias para configuração do instituto da união estável mas podem auxiliar o magistrado à averiguação.

Nessa perspectiva, os autores predispõem (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2021, p. 159) que certas doutrinas e jurisprudências entendem que não havendo um tempo mínimo para a configuração da união estável, acaba havendo uma vasta insegurança jurídica. Entretanto, por outro lado, poderia haver uma enorme injustiça, pois podem existir casais que evidentemente vivem sob esse instituto, mesmo sem a configuração do tempo hábil. Logo, o que se verifica é que essa circunstância deve ser visualizada de forma individualizada, de acordo com o caso concreto, para que não haja supressão de direitos e nem a expansão destes.

Acerca da existência de coabitação, Arnaldo Rizzardo (2019, p. 856) argumenta que “mesmo que não se dê a coabitação em um mesmo lar, ficando cada pessoa em sua residência, em certas situações é possível reconhecer a união estável”, desde que comprovados outros requisitos pertinentes ao casal, tal como os deveres conjugais.

Sob o aspecto da presença de prole do casal cabe ressaltar que no âmbito doutrinário e jurisprudencial, ambos “deixam elucidado que para se caracterizar união estável é preciso existir um desejo de ambas as partes em constituir família. Então, [...] a presença de filho não é suficiente para caracterizar união estável” (IMMICH; PAUPERIO; AZAMBUJA, 2020, p. 5), ressaltando que o casal pode ter filho mesmo havendo apenas a caracterização de um namoro, uma vez que a prole pode não ter sido planejada.

Sob outra perspectiva, há de se falar do namoro, sobre o qual, Rolf Madaleno (2022, p. 1.324) preconiza:

No namoro clássico [...] o envolvimento do casal é recente, baseado em pouco ou nenhum conhecimento um do outro, tratando-se em realidade, de um período experimental [...] Com a liberdade sexual e a facilidade dos rompimentos afetivos, sem se revestir das características de um casamento ou de uma união estável surge, o denominado “namoro estável ou qualificado”, reservado para aqueles pares que querem ter o direito de não assumirem qualquer compromisso entre eles e muito menos tencionam constituir família, embora estejam sempre juntos [...] Contudo, [...] não tendo o ânimo de formar família e

tampouco desejam ter filhos em comum, e, portanto, embora se trate até de um namoro prolongado e com congresso íntimo, não induz ao estabelecimento de uma união estável.

Nesse sentido, o namoro não caracteriza união estável, mesmo que duradouro, tendo em vista a falta do amoldamento aos requisitos do Código Civil, conforme a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, com relatoria de José Antônio Daltoe Cezar:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE RECONHECIMENTO E DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL C/C PEDIDO DE ALIMENTOS E PARTILHA DE BENS. PEDIDO DE JULGAMENTO IMPROCEDENTE DA DEMANDA. CABIMENTO. SENTENÇA REFORMADA. COM EFEITO, AUSENTES OS ELEMENTOS NECESSÁRIOS À CARACTERIZAÇÃO DA UNIÃO ESTÁVEL, QUAIS SEJAM, O CONVÍVIO PÚBLICO, CONTÍNUO E DURADOURO, A MÚTUA ASSISTÊNCIA E O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA, IMPRESCINDÍVEIS PARA O ACOLHIMENTO DO PEDIDO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 1.723 DO CÓDIGO CIVIL. AINDA QUE TENHA HAVIDO RELACIONAMENTO AMOROSO ENTRE AS PARTES, A PROVA PRODUZIDA NOS AUTOS REVELOU-SE INSUFICIENTE PARA DEMONSTRAR DE FORMA CABAL A SUA CONSTITUIÇÃO, TENDO EM VISTA QUE A SIMPLES EXISTÊNCIA DE UM NAMORO NÃO INDICA O INTUITO DE CONSTITUIR FAMÍLIA (AFFECTIO MARITALIS). RECURSO PROVIDO. (Apelação Cível, Nº 50066924020208210010, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Daltoe Cezar, Julgado em: 06-10-2022)

E por isso, muito tem se falado em contrato de namoro, como um instrumento que teria como principal objetivo a desconfiguração da união estável, uma vez que ambos os partícipes do relacionamento convencionam, por livre vontade, que a relação não passa do namoro.

Contudo, conforme entendem Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Mário Pamplona Filho (2021, p. 157), “a união estável é um fato da vida e, como tal, se configurada, não será uma simples declaração negocial de vontade instrumento hábil para afastar o regramento de ordem pública que rege este tipo de entidade familiar”. Dessa forma, entende-se que havendo os requisitos essenciais para a configuração de uma união estável não há que se falar em eficácia do contrato de namoro.

No mesmo sentido, Flávio Tartuce (2022, p. 20), discorre acerca de que “é nulo o contrato de namoro nos casos em que existe entre as partes envolvidas uma união estável, eis que a parte renuncia por esse contrato e de forma indireta a alguns direitos essencialmente pessoais”, havendo essa nulidade absoluta por dois motivos claros: ser o objeto do negócio jurídico ilícito, sob fundamento do art. 166, inciso II, do Código Civil; e também por evidentemente fraudar a lei, conforme o art. 166, VI, do mesmo diploma legal.

Logo, o que pode-se concluir, é que o contrato de namoro não tem eficácia nenhuma, tendo em vista que havendo somente um namoro simples, ou um namoro qualificado, não há a necessidade da celebração de um negócio jurídico para assim afirmar.

E no mesmo sentido, mesmo havendo um contrato de namoro, se presentes os requisitos de uma união estável não há o que discutir acerca desse negócio jurídico, mesmo que feito de

forma voluntária pelos conviventes. Como supracitado, a união estável não é apenas um instituto, trata-se da realidade da vida do casal, é um fato.

REFERÊNCIAS

GAGLIANO, Pablo, Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo Mário. **NOVO CURSO DE DIREITO CIVIL 6 - DIREITO DE FAMÍLIA**, 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

IMMICH, Jessica Loeblein Penno; PAUPERIO, Juliane Marnatti; AZAMBUJA, Mariana Menna Barreto. **O contrato de namoro e suas implicações no direito de família**. Anais da XIV Mostra Científica do CESUCA, 2020. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:kG4SPbfd52QJ:https://ojs.cesuca.edu.br/index.php/mostrac/article/view/1916/1390&cd=19&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 22 de out. 2022.

MADALENO, Rolf. **Direito de Família**, 12ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

RIZZARDO, Arnaldo. **Direito de Família**, 10ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019.

TARTUCE, Flávio. **Direito Civil: Direito de Família - Vol. 5**, 17ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2022.

A CRIMINALIZAÇÃO SELETIVA DA VADIAGEM OU DO NÃO-TRABALHO

Lúcio Mauro Paz Barros¹

A conduta de ociosidade, ou do não-trabalho, denominada vadiagem, está tipificada como contravenção penal no Decreto-Lei nº 3.688/1941, artigo 59, prevendo para o infrator prisão simples de quinze dias a três meses². A referida criminalização evidencia-se no século XIX, tendo em vista o crescimento populacional nos centros urbanos, consubstanciando um processo de ideologização positiva do trabalho, pois para a modernização do Estado era fundamental separar o povo trabalhador do povo preguiçoso e improdutivo com o propósito de “limpar” a sociedade perante seus próprios padrões de sobrevivência contrários ao *status quo* dominante. O conceito de criminalização da ociosidade, ou do não-trabalho, perpetua-se com o propósito de “glorificar” o trabalho como fonte de todos os valores, tornando-se o critério criador e definidor do homem social. Desta maneira, o homem está objetificado, reduzido à mercadoria, à força de trabalho essencial para o desenvolvimento econômico. Ao estabelecer que o ócio é pernicioso à sociedade capitalista, a ideologização do trabalho foi assentando-se em um arquétipo moralizante e utilitarista, de tal forma que as relações espoliativas do trabalho na sociedade burguesa passam a ser naturais. Logo, a exploração econômica do *lupemproletariado* acentua a desigualdade e, com isso, a proliferação de miseráveis, cujo enfrentamento se materializa através de dois mecanismos: a assistência e a repressão. Proposições legislativas para a descriminalização da vadiagem foram tentadas no parlamento brasileiro nos últimos anos, sem sucesso. O fato da inexistência de renda implica num modelo de conduta apropriada apenas aos mais humildes, aos pobres e miseráveis; por conseguinte, não se trata de punição para a conduta em si, mas para a potencialidade ou expectativa de algum delito. O capitalismo não promoveu melhor distribuição de riqueza, mas a concentração de capital e, deste modo, o aumento do empobrecimento. Todavia, a pobreza é apresentada pela ideologia dominante não como uma consequência do capitalismo e a divisão estrutural da sociedade de classes e, sim, como um azar, uma falta de sorte que pode ser revertida mediante disposição ao trabalho e às boas condutas, tornando-se “cidadãos de bem”, produtivos e funcionais ao sistema. Assim, importa a reflexão crítica dessa questão que é social, e não criminal, operando um contradiscurso sobre a

¹ Advogado; Professor; Doutorando em Direito Público pela UNISINOS; Mestre em Direito; Especialista em Direito do Trabalho; Pós-graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra; E-mail: luciopaz@terra.com.br.

² Essa tipificação remonta às Ordenações Manuelinas e Filipinas, do Império de Portugal. O Código Criminal Brasileiro de 1830 previa punição de prisão com trabalho de oito a vinte e quatro dias e, se não houvesse casa de correção, a prisão simples de até vinte e oito dias. O primeiro Código Penal da República, de 1890, estabelecia prisão de quinze a trinta dias aos que deixassem de exercer profissão ou qualquer tipo de trabalho.

criminalização da vadiagem. Ao manter-se o referido dispositivo contravencional em nossa ordem jurídica, em tese, seria possível concluir que o tipo disposto sobre a vadiagem permite a sua utilização como um fundamento repressor e seletivo contra os milhões de desempregados e desalentados brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, R.. **Teoria dos direitos fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

ARENDT, H.. **A Condição Humana**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2010.

ENGELS, F.. **A origem da família, da propriedade privada e do Estado**. 9. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1984.

BARATTA, A.. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 6. ed. Rio de Janeiro: REVAN, 2014.

BAUMAN, Z.. **O mal-estar da pós-modernidade**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editora, 1998.

BECCARIA, C.. **Dos delitos e das penas**. 2. ed. São Paulo: EDIPRO, 2015.

BOBBIO, N.. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BORGES, P.C.C. Direito penal mínimo e contravenção penal de vadiagem. In: BORGES, P.C.C.(Org.). **Leituras de um realismo jurídico-penal marginal**: homenagem a Alessandro Baratta. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2012. p. 13-33.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organizado por Juarez de Oliveira. 4. ed. São Paulo:Saraiva, 1990.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei Nº 11.983, de 16 de julho de 2009**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l11983.htm>. Acesso em: set. 2022.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. STF – **Recurso Extraordinário nº 583.523/2013**. 2013. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=2609919>> Acesso em: set. 2022.

BRUNONI, N.. **Ilegitimidade do direito penal de autor à luz do princípio de culpabilidade**. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, dez. 2007. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao021/Nivaldo_Brunoni.htm>. Acesso em: set. 2022.

CARDOSO, J.E. Entrevista concedida ao autor em 07 de agosto de 2017.

COIMBRA, A.A.F. et al. **Ordenações Manuelinas**, 1521. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/manuelinas/l5p224.htm>>. Acesso em: set. 2022.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

COSTA, V.C.. **Codificação e formação do Estado-nacional brasileiro: o Código Criminal de 1830 e a positivação das leis no pós-Independência**. Dissertação de Mestrado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/31/31131/tde-04112013-164930/en.php>>. Acesso em: set. 2022.

FERNANDES, A.F.; ESQUIVEL, C. L. W.; ZIMMERMANN, M.V.. **Breves comentários sobre a vadiagem**. Ciências Penais: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 119-133, jul./dez. 2010.

FOUCAULT, M.. **Microfísica do poder**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2017.

_____. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FRANCE, A.. **Le lys rouge**. Paris: Calmann-Lévy, 1923.

JORGE, H.V.N.. **Vadiagem e mendicância**. *Revista ADPESP*, n. 34, v. 24, p.189-193, 2004. Disponível em: < <http://www.adpesp.org.br/artigos-exibir?art=37>>. Acesso em: set. 2022.

MARX, K.; ENGELS, F.. **A ideologia alemã**. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

PINTO, L.R.. **Sobre a arte de punir no Código Criminal Imperial**. *XIV Encontro Regional da ANPUH*, Rio de Janeiro, 2010. Anais... 2010. Disponível em: <[http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276652470_ARQUIVO_Sobreaarte depunirnoCodigoCriminalImperial.pdf](http://www.encontro2010.rj.anpuh.org/resources/anais/8/1276652470_ARQUIVO_Sobreaarte%20depunirnoCodigoCriminalImperial.pdf)>. Acesso em: set. 2022.

PIOVESAN, F.. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PREDEBON, K.C.. **Sem pouso e sem rumo: mendigos e sem-teto em Porto Alegre nas décadas de 1930 e 1940**. Monografia (Bacharelado em História) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2011. Disponível em: <<https://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/36935/000819345.%20pdf?sequence=1&locale-attribute=es>>. Acesso em: set. 2022.

RACHID, R.. **Vadiagem: efeitos revogados de uma contravenção que vigora**. *Revista Liberdades*, n. 13, p. 3-14. 2013. Disponível em: <<http://www.revistaliberdades.org.br/site/outrasEdicoes/outrasEdicoesExibir.php?rconid=171>>. Acesso em: set. 2022.

RUDNICKI, D.. A sobrevivência do presídio central de Porto Alegre, símbolo do (falido) sistema penitenciário brasileiro. In: ÁVILA, G.N.de (org.). **Fraturas do Sistema Penal**. Porto Alegre: Editora Sulina, 2013. p. 137-149.

SALGUEIRO, Â.A.A. et al. **Ordenações e Leis do Reino de Portugal** (Ordenações Filipinas), 1595. [Adaptado do português arcaico]. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/l5p1216.htm>>. Acesso em: set. 2022.

SANTOS, B.S.. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade**. 14. ed. São Paulo: Cortez Editora, 2013.

SANTOS, J.C.. **A criminologia radical**. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

SANTOS, J.V.. **Vadiagem, mentalidade e discurso**. *Revista Brasileira de História & Ciências Sociais*, v. 1, n. 2, dez. 2009. Disponível em:<<https://www.rbhcs.com/rbhcs/issue/view/2>>. Acesso em: set. 2022.

SGANZERLA, Rogerio. **A adequação de um modelo de constituição dirigente ao direito penal brasileiro**. *Revista de Direito Brasileira*, v.2, n.2, jan-jun 2012. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/2705>>. Acesso em: set. 2022.

SILVA, A.C.F.. **Reprimindo a ociosidade: legislação e controle social no pós-abolição**. Monografia Bacharelado em História. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.historia.ufpr.br/monografias/2009/2_sem_2009/anne_cacielle_ferreira_silva.pdf>. Acesso em: set. 2022.

SILVEIRA, R.M.J.. Lei das contravenções penais: parte especial. Capítulo VII: das contravenções referentes à política de costumes - arts. 59 a 65. In: NETTO, A.V.S. (Org.). **Comentários à lei das contravenções penais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p. 271-296

KNOPFHOLZ, A.. **Vadiagem: a (in)constitucionalidade do delito diante do direito ao não trabalho e do princípio da igualdade**. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 9, n. 49, p. 35-44, ago./set. 2012.

KOWARICK, L.. **Trabalho e vadiagem: a origem do trabalho livre no Brasil**. São Paulo: Brasiliense, 1994.

WACQUANT, L.. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2015.

O FUTURO DO DIREITO PENAL: UM NOVO RUMO PARA A ANTIGA JUSTIÇA PUNITIVA

Sabrina Carla Kowalski¹

Juarez Mercante²

É cediço que a criminalidade vem aumentando de forma quantitativa e qualitativa ao longo do tempo e, como consequência disto, a sociedade passou a exigir uma postura mais firme e punitiva por parte do Estado. Esse aumento dos crimes não é somente uma realidade brasileira, mas sim notada ao redor do mundo, como um problema advindo especialmente daquilo que se convencionou chamar de “sociedade de risco”. Dessa forma, verifica-se que há uma elevada sensação de insegurança, incentivada pelos meios de comunicação social, que tem como finalidade a reivindicação por um aumento da presença do direito penal.

A sociedade, desgastada pela violência e apavorada pelo medo da criminalidade exacerbada, entende que aos criminosos devem ser impostas respostas cada vez rigorosas, algumas até mesmo indignas, afinal optaram pelo caminho da delinquência. Nesse contexto, revela-se preocupante a situação carcerária brasileira, notadamente pela superlotação dos estabelecimentos penitenciários. Essa situação tende a piorar, pois a legislação penal estimula a aplicação de penas privativas de liberdade cada vez mais elevadas. Por outro lado, pouco se ouve falar em investimentos na melhoria estrutural do sistema carcerário.

Seguindo essa tendência, ao invés de se enfrentar o problema no seu cerne, disponibilizando mais e adequados estabelecimentos prisionais, com melhores estruturas e programas para ressocialização dos detentos, em consonância com os demais investimentos sociais, editam-se apenas leis cada vez mais severas, artifício apto a trazer a falsa percepção de que isolar mais criminosos no interior dos cárceres resolveria o problema da delinquência.

Uma das consequência geradas por essa situação é o não cumprimento da proposta de debilitar as organizações criminosas, as quais, ao final, acabam fortalecidas, uma vez que suas lideranças invariavelmente são identificadas e condecoradas perante a população carcerária.

Muitas pesquisas já foram realizadas dando conta que a efetividade judicial está intrinsecamente ligada ao sistema jurídico penal utilizado. Dessa forma, resta possível notar uma

¹Aluna do Curso de Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo/RS. 189156@upf.br <http://lattes.cnpq.br/9341931162307324>

² Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. juarezmercante@upf.br <http://lattes.cnpq.br/6020678623994233>

grande diferença entre os países que passaram a utilizar formas adequadas de ressocialização dos detentos, como é o caso da chamada Justiça Restaurativa, daqueles outros que apenas seguiram pelo caminho das leis mais rígidas e severas.

O futuro do Direito Penal deve se aproximar ao modelo dos países que passaram a adotar novos e modernos expedientes ressocializadores, onde a pena deixou de ser vista somente como uma forma de retribuição, mas também como uma forma eficaz de resolução do problema. Qualquer projeção para o futuro precisa estar alinhada às melhores soluções já encontradas, propiciando às novas gerações o desfrute de uma vida com menos violência e insegurança. Para tanto, impõe-se repensarmos as formas como interpretamos o Direito Penal.

REFERÊNCIAS

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Hacia una nueva modernidad. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jiménez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998

CARVALHO, S. **Crítica à Execução Penal**: Doutrina Jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

GEORGETOWN UNIVERSITY. **The Danish Prison System**. Disponível em: <https://berkleycenter.georgetown.edu>. Acesso em 23 de outubro de 2022.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

**A POTENCIALIZAÇÃO DA ENERGIA DISCRICIONÁRIA DO TRABALHADOR NA
EMPRESA REGIDA POR VALORES**

Marcio C. Godinho¹

Maira Angélica Dal Conte Tonial²

Energia discricionária consiste no grau de engajamento que o colaborador decide, por vontade própria, entregar à realização de uma tarefa, seja esta qual for. Trata-se de algo que está para além das metas e/ou normas estabelecidas pela organização, independentemente da instrumentalização dada aos funcionários. Em suma, toda e qualquer disposição que esteja acima ou além dos requisitos básicos necessários a realização do trabalho, é resultante da energia discricionária, pois que o trabalhador, de livre escolha, decide entregar. Trata-se de interessante potencial que, uma vez liberado, traz inúmeros benefícios, seja para ambos os lados, colaborador e empresa. Contudo, a energia discricionária do trabalhador depende vários fatores para ser bem aproveitada. Dentre estes, a chamada entropia cultural, que é, indubitavelmente, um dos indicadores capazes de medir a quantidade de energia aplicada ao trabalho improdutivo. Geralmente, empresas com nível alto de entropia resultam em níveis baixíssimos de confiança, coesão e harmonia entre colaboradores, resultante de uma gestão pouco eficiente, mas por outro lado, adepta do excesso de burocracia, regras e procedimentos que não agregam valor, além de decisões que foram excessivamente no curto prazo. Além destes elementos, deve-se considerar que a entropia cultural é caracterizada quando colaboradores hierarquicamente superiores manifestam falta de autorresponsabilidade, ou que estimulam comportamentos disfuncionais que levam à competição desleal, perseguição ou troca de acusações entre colaboradores, nos chamados ambientes tóxicos. Tais elementos levam a conclusão de que se faz necessário à empresa, o estabelecimento de valores e princípios norteadores funcionais, capazes de situá-la num contexto social, quais seja, missão e visão, elementos estes que tendem a aumentar os níveis de confiança dos colaboradores que, por certo, desejam trabalhar em uma organização que não somente lhes supra as necessidades básicas, mas contribua para o crescimento de ordem maior. Considerando que o alinhamento de valores e missão oferecem alto nível de engajamento emocional e intelectual respectivamente,

¹ Acadêmico de Direito pela Universidade de Passo Fundo – UPF – Campus Lagoa Vermelha. Acadêmico de Mediação de Conflitos pela Universidade Estácio. 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.

sua consequência é a redução do nível de entropia cultural, e, por outro lado, a potencialização da energia discricionária do trabalhador. Utilizando-se de metodologia dedutiva e revisão bibliográfica, o presente resumo foi desenvolvido no âmbito do Balcão do Trabalhador UPF coordenado pela Profa. Me. Maira Angélica Dal Conte Tonial, da Faculdade de Direito da Universidade de Passo Fundo/RS.

REFERÊNCIAS

BARRETT, Richard. **A organização dirigida por valores**. 1ª Ed. Rio de Janeiro: Alta Books, 2017.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

LOURENZO, Armando. **Sucessão na empresa familiar**. 1ª Ed. São Paulo: Publique edições, 2022.

SILVA, Fabrício Lima; PINHEIRO, Iuri; BOMFIM, Vólia. **Manual do Compliance Trabalhista: teoria e prática**. 2ª Ed., rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

SISODIA, Raj; GELB, Michael J. **Empresas que Curam**. 1ª Ed. Rio de Janeiro, 2020.

O DESAFIO DA PROTEÇÃO DO MIGRANTE FRENTE A LEI Nº 13.445/2017

Carla Cartabil Mendes¹
Dorival Morbach de Aguirra²
Jaciele Aparecida Klaus³
Franco Scortegagna⁴

Desde a antiguidade, o ser humano, por motivação interna ou fatores externos, tem migrado de um lugar para outro, para fugir de determinados conflitos ou em busca de melhores condições de vida, melhores condições de sobrevivência, para si próprio ou para integrantes de seu grupo familiar. Nos dias atuais, em grande parte do mundo, as pessoas estão migrando por causas bélicas, étnicas, naturais, políticas, religiosas, socioculturais e, no Brasil, a principal causa é a econômica.

Considerando que a migração pode ser voluntária quando a decisão de deslocamento é feita por vontade própria ou forçada que é quando as pessoas são obrigadas a sair de sua área de residência por razões que ultrapassam a vontade individual, necessário se faz que exista uma legislação para regular, normatizar e proteger quem se encontra na condição de migrante.

Em se tratando do Brasil, a Convenção de Genebra de 1951, o Protocolo de 1967, a Lei 9.474 de 22 de Julho de 1997 – Lei do Refugiado que concede direitos e deveres específicos, são os ordenamentos jurídicos que regem os direitos estabelecidos aos estrangeiros; tratam da questão da entrada, do pedido de refúgio, das proibições ao rechaço, à deportação e à expulsão e ainda regula a questão da extradição dos refugiados, por exemplo.

A Lei da Imigração nº 13.445/2017 garante, ao imigrante, condições de igualdade com os brasileiros natos (inviolabilidade do direito à vida, igualdade, liberdade, propriedade, segurança, acesso aos serviços públicos de saúde e educação); registro de documentos, tornando o migrante um cidadão reconhecido pela previdência social; concedendo a

¹ Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo, Campi Lagoa Vermelha – RS carlasponde1002@gmail.com

² Aluno do curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo, Campi Lagoa Vermelha – RS dorival99690520@gmail.com

³ Aluna do curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo, Campi de Lagoa Vermelha – RS jacieleklaus@gmail.com

⁴ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador e Supervisor do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo fscortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

possibilidade, ao migrante, ao direito a abertura de conta bancária, a educação pública, a associação sindical para fins lícitos e o direito de ocupar cargos públicos; se em situação irregular no Brasil não pode ser preso e tem direito de responder ao processo de expulsão em liberdade.

Ainda, há de se mencionar que, dentre os direitos, os refugiados ou apátridas menores de 18 anos separados da família e carentes de acolhimento, não poderão ser repatriados; a lei impede a deportação ou repatriação se o estrangeiro correr risco de morte ou tiver a integridade física ameaçada no país de origem; a concessão de vistos temporários de um ano para acolhida humanitária foi institucionalizada em casos de instabilidade, conflito armado, desastre ambiental ou grave violação dos direitos humanos no país de origem; o repúdio e a prevenção à xenofobia, ao racismo e a qualquer outra forma de discriminação, a não criminalização da migração e a acolhida humanitária, também estão previstos pela nova legislação.

Destaca-se ainda, que toda a legislação que existe está em conformidade com a Declaração Universal dos Direitos Humanos - DUDH que diz que: “*Todo ser humano, vítima de perseguição, tem direito de procurar e de gozar de abrigo em outros países*”.

Partindo do pressuposto de que todas as pessoas, em um determinado momento da vida, poderão tornar-se migrantes, nada mais justo que a legislação, baseada nos princípios que regem os direitos humanos, permita que o homem possa viver em um lugar diferente de onde nasceu com respeito e dignidade. Essa é uma das razões para afirmar que os Direitos Humanos não são simples direitos de caráter meritório. Todos devem ter acesso aos mesmos direitos, e é por isso que eles são considerados universais.

REFERÊNCIAS

INSTITUTO AURORA. *O que são direitos humanos e por que são direitos de todos nós.* Disponível em: <https://institutoaurora.org/o-que-sao-direitos-> Acessado em 30 de out de 2022.

REVISTA AMBITO JURÍDICO. *Refugiados e imigrantes no Brasil e no Mundo.* Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-internacional/refugiados-e-imigrantes-no-brasil-e-no-mundo/> Acessado em 30 de out de 2022.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E PREVIDÊNCIA. *Proteção dos Trabalhadores Migrantes e Refugiados no Contexto da Covid-19.* Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/assuntos/proteja> - Acessada em 30 de out de 2022.

NAÇÕES UNIDAS. *Mundo registrou cerca de 281 milhões de migrantes internacionais no ano passado.* Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/12/1772272>. Acessado em 30 de out de 2022.

SILVA, G. J; CAVALCANTI, L; OLIVEIRA, T; COSTA, L. F. L; MACEDO, M. *Refúgio em Números, 6ª Edição. Observatório das Migrações Internacionais; Ministério da Justiça e Segurança Pública/ Comitê Nacional para os Refugiados*. Brasília, DF: OBMigra, 2021. Disponível em:
https://portaldeimigracao.mj.gov.br/images/dados/relatorios_conjunturais/2020/Ref%C3%BAgio_em_N%C3%BAmeros_6%C2%AA_edi%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acessada em 30 de out de 2022.

A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E MEIOS PARA SUA CONSTATAÇÃO

Róger Ribeiro Vieira¹

Verônica Carlotto Chiossi²

Franco Scortegagna³

A obsolescência programada pode ser definida como uma prática de limitar artificialmente a durabilidade e funcionalidade de um produto, de modo a manipular e prever o momento de falha dos produtos (ALVES; SOUZA, 2021, p. 318). Esta também pode ser chamada de obsolescência programada de função (MARTARELLO, 2020, p. 25). No entanto, apesar de percebida e constatada pelos consumidores no uso diário de seus produtos, é de difícil comprovação objetiva. Diante disto, este trabalho explora os possíveis meios de sua constatação, diante da relação fabricante-consumidor. É fático que o consumidor é figura vulnerável diante do mercado de consumo, conforme positivado no inciso I do art. 4º do Código de Defesa do Consumidor (CDC). Em uma lógica de mercado extremamente consumista, visando exageradamente o lucro, é necessário definir as reais intenções dos fornecedores, e se estão ferindo os direitos dos consumidores. Como exemplo, é possível citar o caso “*BatteryGate*” em 2017, em que a Apple, após diversas constatações de usuários, admitiu estar reduzindo o desempenho dos seus smartphones de gerações anteriores (GUERRA, 2021). Apesar de a empresa ter feito um acordo diante dos processos que sofria, pagando uma indenização milionária, a prática se mantém, com a Apple sendo novamente processada em 2021 pela mesma conduta (APPLE..., 2020). Faz-se necessário definir se tal limitação é necessária para manter a vida útil do produto e seus componentes (como alegado pela empresa à época) ou se o objetivo é forçar o consumidor a adquirir um produto mais recente, de modo a prejudicá-lo. Não há registros de que a empresa tenha apresentado provas de sua alegação. Fica evidente a dificuldade do consumidor em produzir provas nas relações de consumo, ainda mais quando tratando-se de assuntos profundamente técnicos, como são os questionamentos sobre a obsolescência programada. Aliás, o CDC garante ao consumidor “a facilitação da defesa de seus

¹ Discente do curso de graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). 181745@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/9433977229727193>

² Discente do curso de graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). 190858@upf.br. <http://lattes.cnpq.br/5596140323628127>

³ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo. fsortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor” (art. 6º, VIII), diante de sua vulnerabilidade frente aos fornecedores de produtos e serviços. Nesta situação, a única maneira de se averiguar tal situação é a análise do funcionamento do sistema do produto, ou seja, é necessária uma perícia do código-fonte. Tal meio de prova já foi utilizado na Justiça do Trabalho, para averiguar constatações de trabalhadores contra aplicativos (ZIPPERER; PALLOTTA, 2021) também de difícil comprovação, onde o pedido foi deferido em função da assimetria nas relações trabalhistas. Algo similar a vulnerabilidade do consumidor. Da mesma forma como no entendimento do juízo trabalhista, a defesa do consumidor é matéria de interesse público, como previsto na Constituição Federal (art. 5º, XXXII; art. 170, V). Nas relações consumeristas, soma-se ao direito à informação (art. 6º, III, CDC). A prova pericial já é amplamente aceita pelo nosso ordenamento jurídico, estando prevista no Código de Processo Civil (CPC). Da mesma forma como o segredo de justiça, para evitar que informações tidas como sensíveis pelo CPC tornem-se públicas. Diante dos direitos básicos do consumidor, o direito à informação e a facilitação de sua defesa, bem como a vedação de práticas abusivas dos fornecedores, além da sua vulnerabilidade, é necessário utilizar dos meios que o próprio sistema jurídico possibilita, e a perícia judicial é um meio extremamente útil para comprovar se há má-fé do fornecedor ou não. Não se pode impedir o consumidor de provar eventuais abusos que este venha sofrendo.

REFERÊNCIAS

APPLE vai pagar R\$ 3 bilhões pelo escândalo ‘BatteryGate’. **Olhar Digital**, 19 maio 2020. Disponível em: <https://olhardigital.com.br/2020/05/19/noticias/apple-vai-pagar-r-3-bilhoes-pelo-escandalo-batterygate/>. Acesso em 29 out. 2022.

ALVES, Fabricio Germano; SOUSA, Pedro Henrique da Mata Rodrigues. OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA: uma análise acerca da substituição obrigatória de produtos pelo consumidor por influência da publicidade. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho/PR, n. 33, p. 307-334, 2020. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/1992>. Acesso em: 26 out. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 28 out. 2020.

BRASIL. **Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm. Acesso em 26 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília: Presidência da República, 2022. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 29 out. 2022.

GUERRA, Giovana. Apple é processada (mais uma vez) por deixar iPhones obsoletos. **Techtudo**, 04 mar. 2021. Disponível em: <https://www.techtudo.com.br/noticias/2021/03/apple-e-processada-mais-uma-vez-por-deixar-iphones-obsoletos.ghtml>. Acesso em 29 out. 2022.

MARTARELLO, Rafael de Almeida. Avançando sobre os entendimentos acerca do fenômeno de obsolescência programada. **Revista Tecnologia e Sociedade**, [S.L.], v. 16, n. 45, p. 21-35, 25 set. 2020. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.3895/rts.v16n45.11482>. Acesso em: 26 out. 2022.

ZIPPERER, André Gonçalves; PALLOTTA, Maurício. Breves considerações sobre a perícia judicial no algoritmo na Justiça no Trabalho. **Consultor Jurídico**, 17 maio 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-mai-17/opiniaao-pericia-judicial-algoritmo-justica-trabalho>. Acesso em 29 out. 2022.

AS RELAÇÕES DE CONSUMO E A GLOBALIZAÇÃO: CONSUMISMO OU SUSTENTABILIDADE

Bruna Gonçalves do Prado¹

Stéfani Carolina Muller²

Franco Scortegagna³

O presente trabalho visa realizar um panorama sobre a evolução das relações de consumo ao longo da história diante da nova era do consumo globalizado e do desenvolvimento sustentável. As relações de consumo sempre permearam a vida humana desde os primórdios da humanidade, quando as pessoas trocavam a produção de alimentos por produtos artesanais para suas próprias necessidades. No final do século XVIII, início do século XIX, tivemos um processo muito importante chamado de revolução industrial, que mudou o modo de produção e, portanto, a relação entre o ser humano e os objetos. Além do aumento do giro de mercadorias, o consumo também aumentou, principalmente pela globalização. Além disso, cabe destacar que, devido a esse consumo desenfreado, nasceu a proposta de tornar o consumo mais sustentável, para que o planeta não seja afetado por esse consumismo.

A obsolescência programada tem grande papel em toda essa sociedade de consumo, pois ninguém conserta mais aquilo que logo estará obsoleto. Segundo Annie Leonard (LEONARD 2011, p.23) cita que no início do século XX surgia um dilema “Ou as fábricas tomavam medidas para aumentar o consumo ou reduziam a produção. Diante disso, os líderes empresariais e políticos optaram pelo aumento do consumo e uma das estratégias que as empresas desenvolveram para atingir essa meta foi a obsolescência programada”.

Esse consumismo excessivo, traz consequências inimagináveis a natureza, já que graças ao alto consumo, anualmente, jogamos fora uma quantidade abundante de lixo. Segundo estimativas são 1,4 bilhão de toneladas de Resíduos Sólidos Urbanos (RSU) por ano. Isso significa uma média de 1,2 kg per capita ao dia. Todavia a Organizações das Nações (ONU) unidas prevê um aumento de 350% de resíduos sólidos urbanos até 2050 caso não ocorra uma mudança nos padrões atuais

¹ Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo/RS.188590 <http://lattes.cnpq.br/5091648389165797>

² Aluna do Curso de Direito Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo/RS. 178731@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 Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. Orientador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. fscortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

Em razão dessa alta produção de dejetos surgiram diversas conferências ambientais cuja meta é tentar estabelecer novas propostas de consumo sustentável como a Conferência de Estocolmo, a Conferência Mundial do Clima, Rio 92, COP-3 e o Protocolo de Kyoto, além das ODS (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável) sendo constituídos de 17 objetivos sustentáveis até o ano de 2030 para conscientizar a população por meio das metas para que gradualmente essas metas se tornem ações solidas.

Portanto 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

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: 15 set. 2022.

EOS CONSULTORES. **OS NÚMEROS DOS RESÍDUOS SÓLIDOS NO MUNDO**. Disponível em: <https://www.eosconsultores.com.br/os-numeros-dos-residuos-solidos-no-mundo/>. Acesso em: 28 out. 2022.

LEONARD, Annie. A história das coisas: da natureza ao lixo, o que acontece com tudo que consumimos. Rio de Janeiro:Zahar, 2011. p. 23.Disponível em https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/613741/mod_resource/content/1/Leonard_2011_A_historia_das_coisas.pdf. Acesso em: 28 out. 2022.

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: 15 set. 2022.

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: Acesso em: 21 set. 2022.

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: Acesso em: 24 set. 2022.

A REDE SOCIAL TIKTOK E A EROTIZAÇÃO PRECOCE DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES: CONSIDERAÇÕES À LUZ DA HIPERVULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR

Arthur Mosna¹

Franco Scortegagna²

Sabe-se que o TikTok é uma das mídias sociais mais acessadas por crianças e adolescentes. No entanto, permitindo o acesso desenfreado ao aplicativo, muitas crianças e adolescentes, por ignorância ou negligência de seus genitores, como também por irresponsabilidade de empresas detentoras da rede, são erotizadas devido ao vasto compartilhamento de conteúdo sexualmente explícito na plataforma. Dessa maneira, esse grupo é persuadido a permanecer no aplicativo, podendo até produzir vídeos, nos quais o próprio corpo é exposto. Assim sendo, à luz da hipervulnerabilidade do consumidor, busca-se, neste estudo, investigar e compreender os riscos associados ao consumo e produção de materiais impróprios por parte de crianças e adolescentes na plataforma TikTok, justificando-se pelo intuito de contribuir com pesquisas na área e melhorar a compreensão do tema. Atualmente, as crianças “já nascem inseridas no mundo digital e têm muita facilidade em entender as novas tecnologias” (FRANCO; BIEGING, 2013, p. 182), tanto que, segundo o IBGE (2018-2019), entre os brasileiros com 10 a 13 anos de idade, a utilização da internet subiu de 75% em 2018 para 77,7% em 2019, evidenciando-se, portanto, o rápido crescimento da taxa ao longo dos anos. Por consequência disso, no contexto pandêmico (2020-2021), ocorreu a popularização da rede social TikTok que, de acordo com os termos de serviço, é dirigida para pessoas de 13 anos ou mais. Entretanto, tal indicação não é adotada e, tampouco, respeitada, uma vez que 32,5% dos usuários da mídia social possuem entre 10 e 19 anos (POLIS, 2021). Aliado a isso, para assistir aos conteúdos do TikTok, não é necessário realizar um cadastro e fazer login. Basta, somente, acessar a plataforma na internet ou realizar o download do aplicativo. Por outro lado, para produzir vídeos e interagir com outros usuários da plataforma, é necessária uma conta, que pode ser facilmente criada por uma criança, aproveitando-se de dados pessoais dos pais ou de contas já salvas no dispositivo. Assim, em uma sociedade em que “ser e estar visível é desejável, agradável, valorizado” (TOMAZ, 2017, p. 41), as crianças e adolescentes sabem e buscam garantir essa visibilidade e aceitação social, muitas vezes, através do consumo ou da gravação de vídeos. Contudo, é notória a problemática na questão. Pois, no *TikTok*, basta “arrastar para cima” para

¹ Aluno do curso de Direito da Universidade de Passo Fundo. 190291@upf.br <http://lattes.cnpq.br/1090989689059755>

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador e Supervisor do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo. fscortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

comumente encontrar conteúdos de teor sexual, como músicas de temática sexual e criminosa, danças simbolizando atos libidinosos e jovens, em sua maioria do sexo feminino, expondo o corpo de forma erotizada e sexualmente explícita. À vista disso,

podemos considerar que todos os consumidores são vulneráveis, mas alguns são mais vulneráveis que os outros, necessitando de proteção maior do que os consumidores em geral. São eles as pessoas portadoras de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes, que possuem proteção especial na Magna Carta (MARQUES, 2020, p. 287).

Logo, o que antes era apenas um aplicativo, torna-se um enorme risco para o desenvolvimento saudável das crianças e adolescentes, pois, se “nossas crianças vivem cercadas de objetos e mensagens publicitárias que as incitam a viver num mundo onde toda forma de querer é voltada à satisfação imediata. Por que não a sexual?” (DEL PRIORE, 2011, p. 156). Assim, evidencia-se a necessidade de melhorias na rede e responsabilização da empresa pelo conteúdo danoso, sendo vital a inserção do tema em grupos de pais e responsáveis, visando-se a defesa do hipervulnerável na rede social.

REFERÊNCIAS

DEL PRIORE, Mary. Histórias Íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil. São Paulo: Planeta do Brasil, 2011.

FRANCO, S. M; BIEGING, P. Criança e Rede Social: Tecnologias e Novas Mídias: da educação às práticas culturais de consumo. São Paulo: Pimenta Cultural, 2013.

IBGE EDUCA, Uso de internet, televisão e celular no Brasil. Disponível em: <https://educa.ibge.gov.br/criancas/brasil/2697-ie-ibge-educa/jovens/materiasespeciais/20787-uso-de-internet-televisao-e-celular-no-brasil.html>. Acesso em: 20 out. 2022.

MARQUES, Claudia L. Direito do Consumidor - 30 anos de CDC. Rio de Janeiro, Grupo GEN, 2020. 9788530992156. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530992156/>. Acesso em: 20 out. 2022.

POLIS CONSULTING, Estatísticas do TikTok- atualizadas em junho de 2021. Disponível em: <https://polisconsulting.com.br/estatisticas-tiktok-2021/>. Acesso em: 20 out. 2021.

TOMAZ, Renata. A sociabilidade automatizada das crianças brasileiras nas redes sociais. Entrevista concedida a Amanda Antunes. Revista DESidades, Rio de Janeiro, número 17, ano 5, p. 35-46, outubro-dezembro, 2017.

A SOCIEDADE CONSUMOCENTRISTA E A VULNERABILIDADE DO CONSUMIDOR NO COMÉRCIO ELETRÔNICO

Jovana De Cezaro¹

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. O consumo se encontra na essência da sociedade contemporânea e tornou-se um pressuposto para uma existência digna. 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, a qual caracteriza-se pela incessante vontade de consumir. O consumocentrismo se caracterizou por um consumo exagerado que se coloca no centro da sociedade contemporânea. 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 modificou a forma como pessoas e empresas transacionam mercadorias (produtos e serviços) de todos os tipos. Para realizar compras no comércio eletrônico “é necessário o cadastro e a transferência de informações pessoais, privadas e íntimas”. Essas informações “alimentam um banco de dados, conhecido como *big data*, o qual futuramente pode ser objeto de tratamento pelos algoritmos, gerando padrões e prevendo resultado” (BORGES; LUNARDI, 2019, p. 135). As informações são armazenadas e futuramente passam a ser utilizadas pela inteligência artificial, “sistema computacional criado para simular racionalmente as tomadas de decisões dos seres humanos, tentando traduzir em algoritmos o funcionamento do cérebro humano” (TEIXEIRA; CHELIGA, 2020, p. 16-17). As aplicações da inteligência artificial estão intrinsecamente ligadas ao nosso cotidiano, como por exemplo nos websites de buscas na Internet. Os fornecedores se utilizam dessa tecnologia para indicar padrões de consumo. Partindo do comportamento do usuário, a tecnologia artificial passa a limitar quais as publicações mostrar ao usuário, recomendando

¹ Mestra em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF. Especialista em Direito do Trabalho. Pós-Graduada em Advocacia Cível. Conciliadora Cível na Comarca de Casca. Advogada. Integrante 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”. Endereço de e-mail: jovanadc@hotmail.com.

produtos. Essas recomendações buscam aumentar a receita obtida através de mecanismos que filtram os dados e preferências do usuário, ofertando-lhes produtos com maior propensão de compra. Com a utilização dessas técnicas, o consumidor, que já tem presumida sua vulnerabilidade em qualquer relação de consumo, acaba tendo a mesma agravada no comércio eletrônico, tendo em vista que passa a ser bombardeado por sugestões e padrões de consumo que poderão surtir reflexos devastadores na sua liberdade de escolha. 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 o Código de Defesa do Consumidor e demais legislações exponham mecanismos de proteção adequados de modo que a liberdade de escolha do consumidor não seja prejudicada. É evidente o desafio diante das relações de consumo na internet, porém, 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.

REFERÊNCIAS

BORGES, Gustavo Silveira; LUNARDI, Henrique Lapa. A relação de consumo e a inteligência artificial: reflexões acerca da vulnerabilidade do consumidor. In: **XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM** – PA, 28, 2019, Belém. Anais. Florianópolis: CONPEDI, 2019. p. 125-144. Disponível em: <<http://conpedi.danilolr.info/>>. Acesso em: 26. Jul. 2021.

CHELIGA, Vinicius; TEIXEIRA, Tarcisio. **Inteligência artificial: aspectos jurídicos**. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

LGPD E O CONSENTIMENTO NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Leonardo José Ronsoni¹

Franco Scortegagna²

A LGPD veio como uma forma de proteger dados das pessoas de possíveis ataques de hackers, e além disso trazer uma regulamentação quanto a forma de tratamento dos dados. Para esse tratamento acontecer deve-se ser por meio de um consentimento, onde o proprietário dos dados toma conhecimento: da forma como serão tratados os dados e se o mesmo aceita dispor destes. Contudo as empresas usurpam deste consentimento, e o usam de forma forçada, logo caberá a ANPD fiscalizar esse tipo de conduta.

O desenvolvimento tecnológico, fez com que os países se organizassem para proteger os dados dos indivíduos em todos os âmbitos. No Brasil não poderia ser diferente e foi criada a LGPD (Lei Geral de Proteção de Dados), Lei 13.709 de 14 de agosto 2018. Recentemente a proteção de dados foi elencada como Direito Fundamental e está no Art. 5, LXXIX da Constituição Federal de 1988 “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais”. Desta forma demonstrando-se que o Brasil se preocupa com desenvolvimento tecnológico de forma segura.

Tendo em vista a segurança dos dados as empresas devem se adequar na LGPD. Nessa adequação, a lei dispõe sobre o consentimento em seu Art. 7, inciso I, onde afirma que só poderá as empresas fazerem tratamento dos dados se houver consentimento do proprietário.

O consentimento deve ser informado e não tácito, portanto é preciso que o usuário venha aceitar que as plataformas digitais utilizam seus dados, mas para isso são necessários alguns requisitos como se observa:

Nesse sentido, a clara exposição e o fácil acesso relativo à finalidade do tratamento, assim como sua forma, duração, além das informações acerca dos agentes que realizam o tratamento, são elementos essenciais. A gratuidade da consulta a essas informações também é uma garantia importante. (PINHEIRO. 2020, p. 33).

¹ Acadêmico do Nível VIII da Faculdade de Direito – Universidade de Passo Fundo – UPF. Email: 178581@upf.br.

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador e Supervisor do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo.. fsortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

Contudo esse consentimento não é respeitado e passou a ser um problema para os consumidores, as empresas acabam forçando as pessoas a passarem seus dados, pois ou você concorda com tudo que está nos termos, ou não poderá comprar o produto, além disso deve-se ressaltar a complexidades dos termos, pois desta forma as pessoas acabam aceitando os chamados *cookies* sem ler e saber do que se trata. (BONNA; CAÑIZO; CALVAZARA, 2022, p. 14).

É preciso que as empresas simplifiquem o texto expondo nos cookies quais dados vão coletar, a finalidade e a forma de tratamento. Isso deve ocorrer de forma sucinta, e clara, para não ocorrer a aceitação tácita, e além disso deve ter uma forma que as pessoas possam aceitar em partes os textos. Desta forma ocorrendo um cumprimento da legislação,

Portanto a ANPD deve fiscalizar esses termos, se for o caso aplicar penalidades, para que desta forma a lei realmente seja cumprida e não apenas para mera autorização de utilização de dados, mas com um consentimento consciente do fornecedor dos dados.

REFERÊNCIAS

BONNA, Alexandre Pereira; CAÑIZO, Amanda de mouro; CALZAVARA, Giovana Ferreira. Consentimento e LGPD: Desafios da hipervulnerabilidade do consumidor. **Revista de direito e atualidades**, ano 2022, v. 2, n. 3, p. 1-24, 31 de jan de 2022.

BRASIL. Constituição Federal. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 de out de 2022.

Brasil. Lei nº 13.709. 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 19 de jun de 2022.

PINHEIRO, Patricia Peck. **Proteção de dados pessoais: comentários a lei n. 13.709/2018 (LGPD)**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9786556271705/pageid4>. Acesso em 25 de out de 2022.

A VULNERABILIDADE ALGORÍTMICA E A HIPERVULNERABILIDADE DOS IDOSOS NOS MEIOS TECNOLÓGICOS

Verônica Carlotto Chiossi¹

Róger Ribeiro Vieira²

Franco Scortegagna³

Tendo em vista que os consumidores idosos são denominados hipervulneráveis, pois em razão de sua especial condição, ficam ainda mais expostos às práticas comerciais abusivas e todas as atividades desempenhadas pelos fornecedores no mercado de consumo, a vulnerabilidade é presumida frente a esse desequilíbrio agravado e fomentado pelas novas ferramentas de consumo, na sociedade pós-moderna, a vulnerabilidade algorítmica é entretanto o mais constante desafio enfrentado pelo consumidor nas redes, principalmente os idosos.

A atividade dos atos comerciais é feita através dos meios eletrônicos, os quais raramente possuem um documento físico que formalize a relação firmada entre as partes, esse tipo de contratação causa obstáculos decorrentes ao consumidor. Os contratos eletrônicos firmados nas redes, possuem a assinatura digital do consumidor a qual normalmente é representada por uma foto da pessoa idosa, em decorrência disso os consumidores idosos se tornam hipossuficientes. “A hipossuficiência, conforme ensina a doutrina, pode ser técnica, pelo desconhecimento em relação ao produto ou serviço adquirido, sendo essa a sua natureza perceptível na maioria dos casos.” (TARTUCE, F. pg 50). Os idosos em geral dificilmente possuem ciência das contratações feitas onde sua assinatura é uma foto ou gravação de voz, esses contratos podem ser diversos e fidelizados, sendo eles seguro de vida, aceitação de um plano de operadora mais elevado ou até mesmo empréstimos consignados, e não menos importante, pode ocorrer a venda de todos esses dados obtidos através das diversas contratações.

Ressaltando que estamos vivendo em uma sociedade-pós-moderna, onde o capitalismo de plataforma continua se expandindo e se consolidando justamente pela vulnerabilidade algorítmica, os idosos são um público alvo dos comerciantes e dos golpes virtuais, pois ao utilizarem as plataformas regularmente são expostos com seus dados, que na maioria das vezes são utilizados por indivíduos que desejam se beneficiar de alguma forma. Em consciência disso, foi sancionada a Lei nº 13.709/2018, visando proteger os dados pessoais do titular durante a

¹ Discente do curso de graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF). 190858@upf.br <http://lattes.cnpq.br/5596140323628127>

² Discente do curso de graduação em Direito na Universidade de Passo Fundo (UPF).

³ Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo. fscortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

relação de consumo ou em outras áreas virtuais. Os dados pessoais são a representação do sujeito no meio eletrônico, a LGPD, (Lei Geral de Proteção de Dados) protege todos os consumidores em geral, mas tem um papel fundamental na defesa dos hipervulneráveis, já que esses são a maioria mais atingida, muitas vezes por vazamentos de dados que acontecem até mesmo em sistemas de órgãos públicos.

Portanto é necessário que seja reforçada a busca pela equiparação entre o consumidor vulnerável, e evidentemente hipossuficientes, com as grandes empresas e suas publicidades, com legislações como a LGPD protegendo e assegurando as pessoas dos seus direitos básicos nas relações de consumo. Proporcionando maior esclarecimento e acesso a informação, principalmente aos hipervulneráveis, e elevando a efetividade das leis que amparam o consumidor neste meio virtual tendencioso.

REFERÊNCIAS

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito do Consumidor**, pg 50. Disponível em: <http://www.solicitacao.com.br/files/conteudo/45/manual-de-direito-do-consumidor--flavio-tartuce---2018.pdf>. Acesso em 29 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018**, Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2018/lei/l13709.htm. Acesso em 29 out. 2022.

THOMSON REUTERS. **O impacto do capitalismo de plataforma no agravamento da vulnerabilidade algorítmica do consumidor e do trabalhador. Revista dos Tribunais Online.** Disponível em: [https://www.researchgate.net/profile/Jorge-Calandrini-De-Azevedo-Neto/publication/360604280_O_IMPACTO_DO_CAPITALISMO_DE_PLATAFORMA](https://www.researchgate.net/profile/Jorge-Calandrini-De-Azevedo-Neto/publication/360604280_O_IMPACTO_DO_CAPITALISMO_DE_PLATAFORMA_NO_AGRAVAMENTO_DA_VULNERABILIDADE_ALGORITMICA_DO_CONSUMIDOR_E_DO_TRABALHADOR/links/628044803a23744a72817330/O-IMPACTO-DOCAPITALISMO-DE-PLATAFORMA-NO-AGRAVAMENTO-DA-VULNERABILIDADEALGORITMICA-DO-CONSUMIDOR-E-DO-TRABALHADOR.pdf)

[NO AGRAVAMENTO DA VULNERABILIDADE ALGORITMICA DO CONSUMIDOR E DO TRABALHADOR/links/628044803a23744a72817330/O-IMPACTO-DOCAPITALISMO-DE-PLATAFORMA-NO-AGRAVAMENTO-DA-VULNERABILIDADEALGORITMICA-DO-CONSUMIDOR-E-DO-TRABALHADOR.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Jorge-Calandrini-De-Azevedo-Neto/publication/360604280_O_IMPACTO_DO_CAPITALISMO_DE_PLATAFORMA_NO_AGRAVAMENTO_DA_VULNERABILIDADE_ALGORITMICA_DO_CONSUMIDOR_E_DO_TRABALHADOR/links/628044803a23744a72817330/O-IMPACTO-DOCAPITALISMO-DE-PLATAFORMA-NO-AGRAVAMENTO-DA-VULNERABILIDADEALGORITMICA-DO-CONSUMIDOR-E-DO-TRABALHADOR.pdf). Acesso em 26 out. 2022.

O CONSUMIDOR DE SERVIÇOS TELEFÔNICOS E A TUTELA DE SEUS DIREITOS EM FACE DA (HIPER)VULNERABILIDADE

Diego Nunes¹

O presente estudo visa analisar a tutela do consumidor nos contratos de serviços de telefonia à luz de sua vulnerabilidade. Dessa forma, justifica-se a relevância do tema diante da indispensabilidade de usufruir uma linha de telefonia nos dias atuais, visto que esse meio de comunicação se mostra essencial às pessoas, em suas relações e para o trabalho. Nessa linha, questiona-se: em face das novas tecnologias, o consumidor de serviços telefônicos pode ser considerado hipervulnerável em suas relações com o fornecedor (operadora)? Objetiva-se compreender a normatização dos serviços de telefonia, estudar a vulnerabilidade do consumidor nessa relação de consumo e assim investigar sua tutela no sistema protetivo consumerista. À vista disso, percebe-se que os serviços telefônicos envolvem um rol de necessidades do mercado, uma vez que tais serviços, atualmente, não correspondem apenas à realização de chamadas telefônicas de um lugar para o outro, mas sim em um complexo de serviços necessários ao andamento da sociedade contemporânea. Outrossim, é de se destacar que este conjunto de serviços pode ser entendido pelo fornecimento de chamadas telefônicas, envio de mensagens, acesso a aplicativos e o acesso à internet. Torna-se indispensável evidenciar que, diante das muitas inovações tecnológicas que integram à prestação de serviço e da necessidade de consumo desse serviço, os consumidores precisam ter efetivada a proteção da sua dignidade e igualdade nessas relações de consumo, dado que é notável a vulnerabilidade nas contratações de serviços de telefonia. Ainda, ressalta-se que as inovações tecnológicas têm gerado inúmeras transformações no modo de consumir e contratar os serviços de telefonia, os quais apresentam incessantes alterações. Nessa esfera, enfatiza-se que é perceptível que os consumidores não conseguem assimilar tamanho desenvolvimento e mudança na prestação e na contratação de serviços telefônicos. Por conseguinte, imperiosa a proteção do consumidor para promover o equilíbrio nas relações de consumo, dado que, ao analisar o poder econômico, técnico, jurídico e informacional das partes nos contratos de serviços de telefonia, identifica-se que o consumidor é o polo (hiper)vulnerável dessa relação. Sob esse viés, Bruno Miragem entende a vulnerabilidade do consumidor como presunção legal, sendo o referido “instrumento” o núcleo da Defesa do Consumidor. No mesmo sentido, Claudia Lima Marques elenca as espécies de vulnerabilidade do consumidor da seguinte forma: a técnica, a jurídica, a fática e a

¹ Graduando em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade de Passo Fundo – UPF. 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: nunesdiego99@gmail.com

informacional, as quais se revelam intrínsecas. Tais vulnerabilidades encontram-se presentes nas relações de consumo e se mostram agravadas nos consumidores de serviços de telefonia. Assim, necessária a efetiva aplicação do sistema protetivo do consumidor previsto no CDC, bem como a realização de ações de educação para o consumo, com intuito de conscientizar os consumidores de seus direitos e das obrigações assumidas nos contratos de serviços de telefonia. Portanto, verifica-se que é indiscutível a utilidade da prestação de serviços de telefonia e que tal constatação traz como consequência a necessidade de uma atuação forte e segura dos órgãos responsáveis pela defesa do consumidor (âmbitos administrativo e judicial), para que se concretize a proteção do consumidor, que presumidamente, é vulnerável, e, em especial na telefonia, hipervulnerável.

REFERÊNCIAS

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MIRAGEM, Bruno. **Direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, São Paulo 2008.

BRASIL. **Código de Defesa do Consumidor**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm.

MARTINS, Plínio Lacerda. A proteção do consumidor nos contratos de telefonia móvel e fixa e a interpretação jurisprudencial. **Revista de Direito do Consumidor**, [s. l.], v. 72/2009, p. 134-160, 2009. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc60000018145f47d47d7d41bdb&docguid=I073cd9c0f25311dfab6f010000000000&hitguid=I073cd9c0f25311dfab6f010000000000&spos=1&epos=1&td=1326&context=24&Crumb-action=append&crumblabel=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 8 jun. 2022.

3ª DO PLURAL¹: A OBSOLESCÊNCIA PROGRAMADA E A FRAGILIDADE DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR PARA COMBATER ESTA PRÁTICA

José Cristiano Santos de Paula²

Franco Scortegagna³

O presente trabalho busca investigar a ocorrência da obsolescência programada nos produtos, no contexto do modelo de desenvolvimento capitalista, e a fragilidade do Código de Defesa do Consumidor no enfrentamento dessa prática. A obsolescência programada é uma estratégia da indústria para “encurtar” o ciclo de vida dos produtos, visando a sua substituição por novos, fazendo, assim, girar a roda da sociedade de consumo. Dito de outra forma, existe uma lógica de descartabilidade programada desde a fabricação dos produtos. O Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990) identificou um sujeito de direitos especiais, o consumidor, e construiu um sistema e normas e princípios orgânicos para proteção e efetivação de seus direitos. A partir disso, foi estabelecido um novo patamar de boa-fé e de qualidade nas relações privadas, especialmente, na proteção dos mais vulneráveis nas relações econômicas. O fato é que o CDC apresenta uma fragilidade no combate a prática da obsolescência programada, uma vez que seus mecanismos de controle de garantia (legal e contratual) são breves e limitados. A garantia legal, prevista nos artigos 24 e seguintes do CDC, será de 30 dias para serviços ou bem não duráveis e de 90 dias para serviços ou bem duráveis. Já a garantia contratual, prevista no artigo 50 do mesmo código, é complementar à legal e deve ser contratada por escrito, mediante termo padronizado e de fácil compreensão, prevalecendo o entendimento de que a garantia contratual apenas se iniciará após o encerramento do prazo da garantia legal. A questão cerne deste escrito repousa na referida fragilidade, uma vez que os produtos que apresentarem vícios aparentes fora dos prazos citados, restarão descobertos pelo CDC. Não se pode considerar que consumidores e fornecedores estão no mesmo patamar de conhecimento quando iniciam uma determinada contratação. Por isso, adota-se uma norma principiológica que privilegia a parte mais frágil e procura equilibrar os pratos da balança, oferecendo proteção

¹ Título da segunda faixa do álbum *Surfando karmas & DNA*, lançado em 2002 pela gravadora Universal através do selo Mercury, da banda brasileira de rock Engenheiros do Hawaii. A canção faz uma crítica direta à publicidade e como somos levados por ela. Aduz que a indústria cultural, impulsionada pelo capitalismo, está a todo momento levando os indivíduos a consumir cada vez mais e que tudo o que aparece nos outdoors, televisões e demais mídias tornam-se ícones de bons produtos na sociedade de consumo.

² Especialista em Ensino de Filosofia pela Universidade Federal de Pelotas. Graduado em Filosofia pela Universidade de Passo Fundo. Acadêmico do curso de Direito na Universidade de Passo Fundo. End. Eletrônico: 152963@upf.br

³ Mestre em Direito pela universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo. Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI. Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo. Professor na Universidade de Passo Fundo. Orientador e Supervisor do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo. End. Eletrônico: fscortegagna@upf.br

jurídica ao consumidor ante as contratações com fornecedores. As questões que se apresentam são as seguintes: prevalecendo a obsolescência programada essa proteção se extingue? Dito de outra forma, “eles” ganham a corrida antes mesmo da largada? E ainda, qual o caminho deve ser percorrido para que possamos superar esta condição? Trata-se de um tema pouco debatido por pesquisadores brasileiros, mas que possui relevante importância para o país e para doutrina consumerista.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt. *Vida para o consumo: a transformação de pessoas em mercadoria*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BENJAMIN, Antonio Herman V; MARQUES, Cláudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

_____. Código de Defesa do Consumidor. Decreto Presidencial nº 2.181, de 20 de março de 1997, Brasília, DF, 1997.

MARX, Karl. *Manuscritos econômico-filosóficos*. Lisboa: Edições 70, 1989.

_____. *O Capital: Crítica da Economia Política. Livro I: O processo de produção do capital*. Tradução de Rubens Enderle. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

O CONSUMO SUSTENTÁVEL NA ERA CONTEMPORÂNEA

Vitória Luiza da Silva¹

Franco Scortegagna²

Atualmente o modelo de produção e consumo tem sido um dos principais vilões no processo de degradação ambiental, no qual as pessoas são impelidas pela publicidade comercial a obter produtos desnecessários que agravam os danos à natureza e a qualidade de vida, levando a um círculo vicioso, onde o indivíduo trabalha para consumir sempre mais, se transformando em um padrão ambientalmente insustentável.

Se baseando no que consta os artigos de lei 225 da Constituição Federal de 1988, bem como o artigo 170 incisos VI, informa que a sustentabilidade ambiental é um princípio constitucional. Com isso, se expõe o conceito de consumo sustentável, onde traz consigo a ideia de consumir conscientemente produtos e serviços com o objetivo de evitar ou eliminar o desperdício e seu impacto no meio ambiente e na sociedade. Para essa prática, deve-se cultivar uma consciência ecológica, quando se reconhece que os recursos naturais são limitados e devem ser manuseados com responsabilidade, este conceito também prevê uma reorganização gradual da chamada sociedade de consumo, onde as pessoas passam a consumir apenas o necessário para a sobrevivência e o bem-estar, evitando o desperdício excessivo. Segundo (HEAP, KENT, 2000) o consumo sustentável representa o consumo de bens e serviços com respeito aos recursos ambientais, de forma que garanta o atendimento das necessidades das presentes gerações sem comprometer o atendimento das gerações futuras.

Os consumidores desempenham um papel fundamental para alcançar o consumo sustentável, tendo como principal ação distinguir o que é necessidade e o que é desejo, como também priorizar meios de produção e serviços mais ecológicos. Os governos, por sua vez, são responsáveis por desenvolver políticas públicas e programas educacionais de conscientização e incentivo ao consumo sustentável, apoiar pesquisas voltadas ao desenvolvimento de tecnologias limpas, formular e regular leis, normas e diretrizes que promovam mudanças nos

¹ Autora principal. Aluna do Curso de Direito da Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo/RS. E-mail: 190343@upf.br <http://lattes.cnpq.br/8680600402838674>

² 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 Escola de Ciências Jurídicas da Universidade de Passo Fundo. Orientador do Balcão do Consumidor de Passo Fundo. E-mail: fscortegagna@upf.br <http://lattes.cnpq.br/2733496190270371>

padrões de consumo. A atuação das empresas também é fundamental na busca pelo consumo sustentável. Esse conjunto de ações ainda não abrange todas as complexidades que o consumo sustentável representa, mas podem ser de responsabilidade de todos os envolvidos no processo de empreender e implementar, contribuindo de forma significativa para mudanças nos padrões de produção e consumo.

Para finalizar a explanação, se traz um argumento de Bauman (2001, p.83) no qual expõe que a “transformação se faz no andar”, trazendo a ideia de que mesmo que o consumo sustentável não possa se concretizar agora, pois são necessárias grandes transformações estruturais em nossa sociedade num processo de longo prazo, antes de proclamar que os movimentos de consumos alternativos são imperfeitos, é preciso reconhecer que eles podem estar indicando o início de um processo que acabe levando a uma sociedade que tenha o hábito de consumir conscientemente.

REFERÊNCIAS

<https://www.significados.com.br/consumo-sustentavel/>

Gonçalves-Dias, S. L. F., & Moura, C. 2007. Consumo Sustentável: muito além do consumo “verde”. Anais do XXXI Encontro da Associação Nacional de Pós Graduação em Administração. Rio de Janeiro, RJ, Brasil.

Sequinel, M. C. M. & Caron, A. Consumo sustentável: Uma questão educacional e de múltiplas responsabilidades. Revista Brasileira de Ciências Ambientais, n.16, 2010.

<https://www.infoescola.com/ecologia/consumo-sustentavel/>

https://www.suapesquisa.com/ecologiasaude/consumo_sustentavel.htm

<https://www.ecodebate.com.br/2011/08/31/consumo-sustentavel-artigo-de-ricardo-machado/>

<https://www.conexaoambiental.pr.gov.br/Pagina/Objetivos-de-Desenvolvimento-Sustentavel-ODS>

<https://www.novaleilicitacao.com.br/2022/08/31/a-lei-no-14-133-e-a-sustentabilidade-nos-processos-de-licitacao-e-contratacao-publica-expectativa-e-realidade/>

[http://professoralucianekawa.blogspot.com/2016/02/consumo-sustentavel-muito-alem-do.html#:~:text=Consumo%20sustent%C3%A1vel%20representa%20o%20consumo,HEAP%2C%20KENT%2C%202000\).](http://professoralucianekawa.blogspot.com/2016/02/consumo-sustentavel-muito-alem-do.html#:~:text=Consumo%20sustent%C3%A1vel%20representa%20o%20consumo,HEAP%2C%20KENT%2C%202000).)

ACESSO A INFORMAÇÃO: UMA ANÁLISE DO ARTIGO 6º, III DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR

Ariel CorreaSchutz¹

Franco Scortegagna ²

Atualmente, muitas pessoas vão até o supermercado e lojas para fazer compras. Porém muitas vezes acabam sendo surpreendidos com informações errôneas a cerca dos produtos e serviços, uma vez que o fornecedor acaba não informando, de maneira adequada as funcionalidades deste produto ou serviço.

A partir de então, o consumidor passa a desconhecer determinado produto, bem como os riscos que poderá estar exposto. A falta de acesso a informação faz com que o consumidor seja submetido as práticas abusivas, que são aquelas que deixam o consumidor em nível de desigualdade perante a relação de consumo.

O Código De Defesa Do Consumidor em seu Art. 6ºIII irá nos dizer, a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade, tributos incidentes e preço, bem como sobre os riscos que apresentem, onde para Humberto Theodoro Junior se refere ao principio da transparência, permitindo exatmete ao consumidor saber dos bens que estão sendo colocados a sua disposição no mercado, tendo em vista que fornecedor tem o dever de informar ao consumidor de forma correta tudo sobre aquele produto ou serviço (2017, p.64).

Diante da ineficacia da informação o consumidor acaba formalizando um contrato de adesão, contrato este que já tem suas cláusulas pré-dispostas, competindo ao contratante tão somente a sua adesão, ou não. E suprimida a possibilidade de discussão das cláusulas: ou adere ou não adere. A adesão pelo contratante/consumidor ocorre, na maioria das vezes, sem a integral leitura do contrato pelo consumidor, formando sua vontade de contratar apenas com base nas informações orais a ele passadas pelo fornecedor e que, as vezes, não são suficientemente claras, exatamente por ter o fornecedor do produto ou serviço o interesse na efetivação da contratação.

¹Acadêmico do Curso de Direito, Escola de Ciências Jurídicas, Universidade de Passo Fundo – UPF. E-mail institucional: 146925@upf.br.

² Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade de Passo Fundo, Especialista em Direito do Consumidor pela UNIASSELVI, Graduado em Direito pela Universidade de Passo Fundo, Professor na Universidade de Passo Fundo, Orientador e Supervisor do Projeto de Extensão Balcão do Consumidor da Universidade de Passo Fundo. E-mail institucional: fsortegagna@upf.br.

E o que comumente ocorre com o consumidor que se dirige a uma operadora de telefonia ou a uma financeira, com interesse em contratar um plano de telefonia ou um empréstimo, respectivamente, oportunidade em que o fornecedor, interessado em vender o seu produto, deixa de explicar suficientemente os termos da contratação e o consumidor, na confiança, acaba assinando o contrato, vindo a perceber, posteriormente, que o contratado não corresponde com aquilo que havia entendido quando da assinatura do contrato.

Em última análise o que contratou, não está de acordo com a sua vontade. Essa falta de informação e esclarecimento adequados por parte do fornecedor do produto ou serviço caracteriza ofensa ao direito básico do consumidor previsto no art. 6º, inciso III do Código de Defesa do Consumidor². Ratificando a posição legislativa sobre o tema, Rizzato refere que o fornecedor está obrigado “a prestar todas as informações acerca do produto e do serviço, suas características, qualidades, riscos e preços etc., de maneira clara e precisa não se admitindo falhas ou omissões, bem como detalhado no artigo 6º, III, do CDC” (2013, p. 53).

Assim, havendo contratação sem essa clareza e levando em conta a situação de vulnerabilidade e hipossuficiência técnica do consumidor na relação de consumo frente ao fornecedor do produto ou serviço, a solução que se apresenta, diante de uma situação como essa relatada, ou seja, quando há desacordo entre o que o consumidor compreendeu ter contratado e aquilo que efetivamente ocorreu, mostra-se imperiosa a busca pela revisão dos termos contratuais, notadamente, diante do desacordo de vontades ou mesmo diante do previsto de cláusulas ilegais e abusivas, assim caracterizadas nos termos do art. 51, inciso III, do Código de Defesa do Consumidor.

Perante essa violação o poder judiciário, devem ser provocado pelo consumidor, valendo-se este do direito fundamental de ação (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal⁴, para que o contrato ao qual aderiu seja revisado, com a consequente declaração de nulidade dessas cláusulas ilegais e abusivas, especialmente, porque ele teve subtraída a possibilidade de discutir e emitir vontade livre em relação a essas cláusulas no momento da contratação. Dessa forma, readequasse o contrato aos termos legais, protege-se o consumidor, que é a parte vulnerável da relação de consumo e, de certa forma, penaliza-se o fornecedor do produto ou serviço que não atendeu as normas do direito consumerista vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL, 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Planalto, Brasília, 1988. Acesso em 24 de out. de 2022.

BRASIL, Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Código de Defesa do Consumidor**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Planalto, Brasília, 1990. Acesso em 24 de out. de 2022.

NUNEZ, Rizzato. **Curso de direito do consumidor**, 8 ed. Editora Saraiva; 2013.

THEODOR JÚNIOR, Humberto. **Direito do consumidor**, 9 ed. Forense; 2017.