

ISSN 2695-5784

**SIDe
CiED**

Libro de Artículos

**I Seminario Internacional sobre
Democracia, Ciudadanía y
Estado de Derecho**

Organización:

Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez



sideciad.com

**Derecho y Sostenibilidad en
escenarios de crisis institucionales**

15 y 16 de abril de 2019

Facultad de Derecho • Campus de Ourense • Universidad de Vigo

Lugar de Edición: Universidad de Vigo

Editores: Universidad de Vigo & Universidad Federal Fluminense

I SEMINARIO INTERNACIONAL SOBRE
DEMOCRACIA, CIUDADANIA Y ESTADO DE DERECHO

Eder Fernandes Monica
Gilvan Luiz Hansen
Guillermo Suárez Blázquez
(organizadores)

LIBRO DE
ARTÍCULOS



Democracia, Cidadania
e Estado de Direito

Universidade de Vigo

uff Universidade
Federal
Fluminense

M744 MONICA, Eder Fernandes; H249 HANSEN, Gilvan Luiz; G958 Guillermo Suárez Blázquez (Orgs.).

LIBRO DE ARTÍCULOS: I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho. MONICA, E. F.; HANSEN, G. L.; SUÁREZ BLÁSQUEZ, G. (Orgs.). - Ourense: Universidade de Vigo, 2019

616 p.

ISSN 2695-5784

1. Democracia 2. Derecho 3. Política 4. Ciudadanía

I. Título. II. Autor.

CDD: 340

CDU: (058)

A) Diretores Presidentes

Gilvan Luiz Hansen (UFF)
Guillermo Suárez Blázquez (UVIGO)

B) Diretores Acadêmicos

Antón Lois Fernández Álvarez (UVIGO)
Clodomiro José Bannwart Júnior (UEL)

C) Comissão Executiva

Eder Fernandes Monica (UFF)
Gabriel da Fonseca e Cunha Hansen (UMinho)
Gilvan Luiz Hansen (UFF)
Laura Magalhães de Andrade (UFF/UVIGO)
Marcella da Costa Moreira de Paiva (DeCiED)
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED)
Rosely Dias da Silva (UEL)
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (UFF)

D) Comissão Científica

Alejo Manuel Diz Franco (Universidade Nacional de Educación a Distancia)
Ana Karine Pessoa Cavalcante Miranda (Universidade de Fortaleza)
André Hacl Castro (Universidade Estácio de Sá)
Antón Lois Fernández Álvarez (Universidade de Vigo)
Aylton Barbieri Durão (Universidade Federal de Santa Catarina)
Bruno Stigert de Sousa (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Cândido Francisco Duarte dos Santos e Silva (Universidade Federal Fluminense)
Carla Appollinario de Castro (Universidade Federal Fluminense)
Clodomiro José Bannwart Júnior (Universidade Estadual de Londrina)
Clóvis Montenegro de Lima (Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia)
Daniela Olímpio do Nascimento (Universidade Federal de Lavras)
Débora Lopes Miranda (DeCiED)
Elve Miguel Cenci (Universidade Estadual de Londrina)
Eder Fernandes Monica (Universidade Federal Fluminense)
Edson Alvisi Neves (Universidade Federal Fluminense)
Fernanda Maria Dias de Araújo Lima (Faculdade de Direito de Ipatinga/FADIPA)
Fernanda Pontes Pimentel (Universidade Federal Fluminense)
Flávio Buys Gonçalves (Universidade Federal Fluminense)
Gilvan Luiz Hansen (Universidade Federal Fluminense)
Gustavo Silveira Siqueira (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Guillermo Suárez Blázquez (Universidade de Vigo)
José Carlos Garcia (DeCiED)
José Ricardo Ventura Corrêa (DeCiED)
Luís Antonio Alves Machado (DeCiED)
Luís Antonio Cunha Ribeiro (Universidade Federal Fluminense)
Luiz Antonio da Silva Peixoto (Universidade Federal de Juiz de Fora)
Márcio Renan Hamel (Universidade de Passo Fundo)

Marta Fernández Prieto (Universidade de Vigo)
Natália Maria Ventura da Silva Alfaya (DeCiED)
Ozéas Corrêa Lopes Filho (Universidade Federal Fluminense)
Pablo Raúl Bonorino Ramírez (Universidade de Vigo)
Paola de Andrade Porto (Universidade Salgado de Oliveira)
Rubens de Lyra Pereira (DeCiED)
Sérgio Gustavo de Mattos Pauseiro (Universidade Federal Fluminense)
Sérvio Túlio Santos Vieira (Universidade Federal Fluminense)
Sharon Cristine Ferreira de Souza (DeCiED)
Tânia Márcia Kale (Universidade Estácio de Sá)
Thiago Rodrigues Pereira (Universidade La Salle)
Virgílio Rodríguez Vázquez (Universidade de Vigo)
Xosé Manuel Pacho Blanco (Universidade de Vigo)

SUMÁRIO

PRESENTACIÓN	08
FAKE NEWS, CRISES INSTITUCIONAIS E PÓS-VERDADE.....	10
OS DIREITOS À INFORMAÇÃO E À EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO NO BRASIL: uma leitura crítica do Código de Defesa do Consumidor.....	24
LEI ANTICORRUPÇÃO, TRANSPARENCIA E DEMOCRACIA.....	41
ESTUDANTES INDÍGENAS NA UNIVERSIDADE: breve relato da política pública de acesso e permanência no Estado do Paraná.....	59
LA RESPONSABILIDAD POR LA GESTIÓN DE LOS PASIVOS AMBIENTALES: un estudio comparado Argentina-Brasil.....	89
UNIVERSIDADE COMO ESPAÇO DE DISCUSSÃO CRÍTICA SOBRE O ENSINO JURÍDICO: um olhar a partir das teorias feministas do Direito.....	104
TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: um problema social de saúde pública.....	124
REFLEXÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA BOA FÉ NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PÚBLICO.....	138
PROSTITUIÇÃO MASCULINA NO GRINDR: perspectivas sobre privacidade, consentimento e princípio da não dis- criminação na Lei 13.709/18.....	149
POBREZA, SUBSTANTIVO FEMININO: reflexões sobre o caso brasileiro.....	172
O DEVIR MERCADORIA DO PETRÓLEO.....	218

MOVIMENTO LGBTI NO BRASIL E RECONHECIMENTO DE DIREITOS: perspectivas sobre judicialização e ativismo judicial a partir de alguns casos do STF	245
MERCANTILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO E A CONTRAMAÇÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA AS PROFESSORAS	266
MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SEU PAPEL DEMOCRÁTICO E O DIREITO ACHADO NA RUA	281
LITÍGIO ESTRATÉGICO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS COMO ACCIÓN PARA LA GARANTÍA DE DERECHOS A GRUPOS VULNERABLES.....	301
LA CUESTIÓN MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN VETEROTESTAMENTARIA.....	320
DOS QUASE BRANCOS AO PERIGO AMARELO: REPRESENTAÇÕES SOCIAIS SOBRE OS NIKKEIS, A PARTIR DO PROCESSO DE IMIGRAÇÃO NO BRASIL	342
DIREITOS FUNDAMENTAIS E MEIO AMBIENTE EM DIREITO E DEMOCRACIA	357
<i>COMPLIANCE</i> : UM ESTUDO COM BASE NA ÉTICA DISCURSIVA DE JURGEN HABERMAS	377
BIOPOLÍTICA E COLONIZAÇÃO: UM ENSAIO EM FACE DA POLÍTICA E DO PODER NO BRASIL CONTEMPORÂNEO	392
ARBITRABILIDADE DO DANO AMBIENTAL	410
APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL	431
ANÁLISE DO INSTITUTO DE CONVERSÃO DE MULTAS EM SERVIÇOS AMBIENTAIS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL.....	454

A MOBILIDADE URBANA COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS	488
A LEGITIMIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DO IRDR: UMA PROPOSTA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO DO ART. 977 DO CPC /2015	510
A JUDICIALIZAÇÃO DA ACESSIBILIDADE EM FAVOR DAS PESSOAS COM DEFICIENCIA	525
A GESTÃO DA (DES)INFORMAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NA DESESTABILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE	549
A FORMAÇÃO MANUALESCA DOS JURISTAS: DA REFORMA POMBALINA A MACHADO DE ASSIS	569
ÉTICA NA ARBITRAGEM.....	587
OS NOVOS PARADIGMAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS.....	604

PRESENTACIÓN

Profesores Doctores de la Universidad de Vigo, la Universidad Federal Fluminense y la Universidad Estatal de Londrina comenzaron, a partir de 2017, una asociación de actividades destinadas a la integración interdisciplinaria internacional. Esto condujo a iniciativas conjuntas de investigación, la articulación de grupos de investigación compuestos por profesionales de las instituciones antes mencionadas y también la celebración de eventos académicos y científicos.

Entre los eventos que surgieron de estas iniciativas universitarias conjuntas, se realizó el *I Seminario Internacional sobre Democracia, Ciudadanía y Estado de Derecho* (I SIDeCiED). El tema del evento fue *Derecho y sostenibilidad en escenarios de crisis institucional*, y se celebró los días 15 y 16 de abril de 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Vigo, Campus de Ourense, Galicia.

Fueron dos días muy ricos en debates y análisis interdisciplinarios, en grupos de trabajo, paneles y conferencias que involucraron filosofía, educación, teología, economía, ciencias políticas y especialmente derecho, con la participación de investigadores brasileños, portugueses, argentinos y españoles. Y el resultado de esta reunión nos llega a través de dos productos definitivos: el primer producto es la publicación, en forma de Actas, de los artículos completos creados a partir de las presentaciones del evento; el segundo producto, programado para principios de 2020, es la publicación de estos mismos artículos en la *Revista Controversia*, en su primer número en la versión digital.

La publicación de los textos de los documentos presentados en los Grupos y paneles de trabajo de I SIDeCiED se produce después de una evaluación estricta por parte de un equipo de doctores de diferentes nacionalidades, como consultores *ad hoc*. Lamentablemente, algunos textos no han sido aprobados y sus autores deberán mejorarlos si desean publicar en el futuro; de los más de 40 artículos que nos han llegado, se han publicado unos 30 artículos.

Nuestro agradecimiento especial a los Maestros que actuaron como consultores *ad hoc* en esta publicación: André Hacl Castro; Antón Lois Fernández Álvarez; Carla Appollinario de Castro; Eder Fernandes Monica; Fernanda Pontes Pimentel; Gilvan Luiz Hansen; Guillermo Suárez Blázquez; Laura Magalhães de Andrade; Luis Antonio C. Ribeiro; Marcella da Costa Moreira de Paiva; Ozéas Corrêa

Lopes Filho; Paola de Andrade Porto; Roberta Fernandes de Faria; Rosely Dias da Silva; Sergio Gustavo de Mattos Pauseiro; Silvia Vilar González; Tania Marcia Kale; Thiago Rodrigues Pereira; Virgílio Rodríguez Vázquez.

Los artículos presentados aquí son el resultado de investigaciones llevadas a cabo por profesores (y sus alumnos) de varias instituciones, especialmente de universidades asociadas, que tratan temas como democracia, ciudadanía, estado de derecho, bienestar social, derecho constitucional, justicia social, cuestiones de género, sexualidad e identidad, trabajo y tecnología, economía, inclusión social, política, hermenéutica y derechos humanos. Refleja los diversos ángulos desde los cuales podemos discutir y analizar la sostenibilidad y la importancia del derecho en tiempos de crisis institucionales que sacuden las diversas naciones del planeta y que afectan a los seres humanos en diferentes rincones de la tierra.

Por todo este escenario expuesto es que estamos muy orgullosos de presentar esta publicación, agradeciendo a las instituciones asociadas (UVIGO, UFF, UEL) por permitir la oportunidad de este trabajo integrado. Además, saludar a todos los investigadores que participaron en el evento y que contribuyeron por la excelencia de las reflexiones y publicaciones que se ponen a disposición de la sociedad global, expresándoles la misma gratitud y deseando que el éxito obtenido sea la fuerza impulsora para futuras iniciativas de igual calidad y significado científico.

Galicia, noviembre de 2019

Gilvan Luiz Hansen

Director Presidente do I SIDE CiED

Guillermo Suárez Blázquez

Director Presidente do I SIDE CiED

FAKE NEWS, CRISES INSTITUCIONAIS E PÓS-VERDADE

HANSEN, Gilvan Luiz

Professor Doutor do Departamento de Direito Pri-
vado/UFF/Brasil
gilvanluz@id.uff.br

TOSTES, Eduardo Chow Martino

Mestre pela Universidade Federal Flumi-
nense/UFF/Brasil
eduardo_tostes@hotmail.com

HANSEN, Gabriel da Fonseca e Cunha

Graduando em Ciências da Comunicação/Universi-
dade do Minho/Portugal
gabrielcfhansen@hotmail.com

RESUMO

As crises institucionais generalizadas parecem caracterizar os últimos cinquenta anos, gerando abalos significativos nos campos da política, do direito, da economia e das relações interpessoais. E um traço sutil destas crises é que já não ocorrem de maneira fortuita, mas são provocadas no sentido de gerar determinadas instabilidades e propiciar resultados satisfatórios a determinados grupos de interesses socialmente estabelecidos. Nestas crises, as denominadas *fake news* ganham espaço crescente enquanto instrumentos de geração de abalos institucionais, levando alguns teóricos a denominar o período atual como um tempo de pós-verdade. Compreender o significado das crises institucionais contemporâneas enquanto fenômeno deliberado, analisar a concepção de verdade e de pós-verdade implícitas na atualidade e delinear o papel das *fake news* no processo de geração de abalos institucionais, estes são os objetivos da presente reflexão.

Palavras-chaves: Abalos; *Fake news*; Pós-verdade; Crises; Instituições.

RESUMEN

Las crisis institucionales generalizadas parecen caracterizar los últimos cincuenta años, generando choques significativos en los campos de la política, el derecho, la economía y las relaciones interpersonales. Y una característica sutil de estas crisis

es que ya no ocurren por casualidad, sino que son provocadas para generar ciertas inestabilidades y proporcionar resultados satisfactorios a ciertos grupos de intereses socialmente establecidos. En estas crisis, las llamadas *fake news* ganan cada vez más espacio como herramientas para generar choques institucionales, lo que lleva a algunos teóricos a calificar el período presente como un tiempo posterior a la verdad. Entender el significado de las crisis institucionales contemporáneas como un fenómeno deliberado, analizar la concepción de la verdad y la post-verdad implícitas en la realidad actual, y esbozar el papel de las noticias falsas en el proceso de generar choques institucionales son los objetivos de la presente reflexión.

Palabras clave: Choques; *Fake news*; Post-verdad; Crisis; Instituciones.

ABSTRACT

Generalized institutional crises seem to characterize the last fifty years, generating significant shocks in the fields of politics, law, economics and interpersonal relations. And a subtle feature of these crises is that they no longer occur by chance, but are provoked to generate certain instabilities and provide satisfactory results to certain groups of socially established interests. In these crises, so-called fake news gain increasing space as tools for generating institutional shocks, leading some theorists to call the present period a post-truth time. Understanding the significance of contemporary institutional crises as a deliberate phenomenon, analyzing the conception of truth and post-truth implicit in today's reality, and outlining the role of fake news in the process of generating institutional shocks are the objectives of the present reflection.

Key-words: Shocks; Fake news; Post truth; Crises; Institutions.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. AS CRISES E SEU SIGNIFICADO SOCIAL; III. CRISE, FAKE NEWS E PÓS-VERDADE; 3.1. Verdade e pós-verdade; 3.2. O papel das *fake news* na dominação social; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Quando, na noite de um longínquo 30 de outubro de 1938, véspera de Halloween, o jovem radialista de 23 anos, Orson Welles, decide transmitir uma adaptação para o rádio da novela “A guerra dos mundos”, escrita por Herbert George Wells em 1898, não imaginava o impacto que causaria: pessoas que ligaram o rádio depois do início do programa tomaram como verdade e notícia o teor do que estava sendo dito (que os extraterrestres estavam invadindo os Estados Unidos,

num vilarejo próximo a New Jersey); isso gerou um pânico geral e muitas pessoas, em desespero, chegaram a se suicidar, num verdadeiro caos social gerado a partir da utilização dos meios de comunicação social.

Essa lição de utilização de versões dos fatos como se fossem verdade foi aprendida pelos governos e amplamente utilizada, quer no período da segunda guerra mundial, onde as batalhas de informação e contrainformação foram intensas e permanentes, quer no período posterior, quando a chamada “guerra fria” e as relações internacionais eram alimentadas à custa de espionagem e de informações falsas plantadas e difundidas pelo mundo afora.

Todavia, a partir da década de 70 do século XX é que a tecnologia da informação se disseminou de tal maneira que ocasionou a planetarização das pessoas, a partir da comunicação e do acesso às informações. Passamos a nos aperceber como membros daquilo que o canadense Herbert Marshall McLuhan então denominou de “aldeia global”.

Com esse fenômeno, tornamo-nos informados, praticamente de modo instantâneo ao seu acontecer, dos eventos ocorridos em todo o planeta, dos mais importantes aos mais banais. Inserimo-nos, pois, numa potencial comunidade mundial de comunicação, capaz de saber dos acontecimentos e reagir criticamente a estes, influenciando em decisões políticas e sociais tomadas nas diversas nações.

Paradoxalmente, contudo, a dialética e a dinâmica das instituições nos tornaram alvos das manipulações e dos controles de informações, operados contemporaneamente através das redes sociais, dos sites que consultamos, dos hábitos de consumo que explicitamos em aquisições via internet, etc.

E nesse ambiente virtual que impacta brutalmente nosso cotidiano, inicialmente o foco se voltou para a venda de produtos e de serviços com teor enganoso, através das propagandas, algo sobre o qual as instituições governamentais e sociais se voltaram para combater, através de legislação específica, a proteger os cidadãos e os consumidores.

Entretanto, há hoje uma nova forma de utilização dos meios de comunicação social com finalidades de dominação político-econômica que se efetiva através das chamadas *fake news*, informações que são passadas como se fossem notícias de fatos apresentados como se fossem verdadeiros, mas que são produtos de grupos de poder interessados em gerar abalos institucionais, a fim de obter vantagens disso.

As crises institucionais generalizadas parecem caracterizar os últimos anos, gerando abalos significativos nos campos da política, do direito, da economia e das relações interpessoais. E um traço sutil destas crises é que já não ocorrem de

maneira fortuita, mas são provocadas no sentido de gerar determinadas instabilidades e propiciar resultados satisfatórios a determinados grupos de interesses socialmente estabelecidos.

Nestas crises, as denominadas *fake news* ganham espaço crescente enquanto instrumentos de geração de abalos institucionais, levando alguns teóricos a denominar o período atual como um tempo de pós-verdade.

Compreender o significado das crises institucionais contemporâneas enquanto fenômeno deliberado, analisar a concepção de verdade e de pós-verdade implícitas na atualidade e delinear o papel das *fake news* no processo de geração de abalos institucionais, estes são os objetivos da presente reflexão.

Para tanto, valendo-nos de uma metodologia ancorada nos parâmetros da teoria crítica da sociedade, de inspiração na Escola de Frankfurt, procuraremos inicialmente caracterizar o que entendemos por crises institucionais e sua dinâmica contemporânea, explicitando a seguir como estas se conectam a uma concepção de verdade, ou de “pós-verdade”; finalmente, como esses elementos se relacionam aos meios de comunicação, às *fake news* e, a partir delas, com a desestabilização de instituições hoje perpetradas por grupos de poder com interesses de dominação social.

II. AS CRISES E SEU SIGNIFICADO SOCIAL

Quando falamos de crises de todo o tipo, também das institucionais, devemos compreender o significado daquilo que se convencionou denominar de crise.

O termo crise, desde sua utilização em civilizações antigas, como a chinesa ou a grega, remeteu seu significado a uma ruptura que estabelece em algo ou com algo. Essa ruptura pode ser aniquiladora, à medida que pode gerar o desaparecimento, a morte, a cessação; mas igualmente pode ser revigorante, uma vez que provoca a abertura de condições para o surgimento do novo, do pulsante.

Também na tradição judaico-cristã essa compreensão é reforçada, à medida que se desenvolve a visão de que é a ruptura da vida que gera a vida nova, morte e ressurreição.

A tensão inafastável entre permanência e mudança, contida nas culturas milenares e que chega ao ocidente nos embates de Parmênides e Heráclito, também encontra na concepção de crise o seu acontecer. Talvez isso explique o misto de angústia e apreensão, medo e euforia, que envolve as reações humanas diante das crises.

À proporção que o Império Romano vai se consolidando, começa-se *pari passu* a compreender as crises como algo a ser combatido e evitado, pelas

instabilidades nelas presentes: o direito, as legiões e a organização político-administrativa estatal devem garantir a segurança, a estabilidade e a rotina, afastando a sociedade das crises.

E apesar de isso não ter sido suficiente para garantir a “eternidade” e perenidade do Império Romano, essa noção de estabilidade e de extirpação das crises se tornou marca do cristianismo medievo, cioso pelo “bom pastor” a garantir o sossego e o bem estar do seu rebanho, passiva e pacificamente conduzido, em nome de Deus e da Igreja.

Por isso, ao longo dos tempos e com raras exceções, as crises foram percebidas pela humanidade como momentos a serem evitados e, quando não possível, enfrentados e superados, para gerar a estabilidade e a tranquilidade.

Tanto Marx como Durkheim viam a era moderna como uma era turbulenta. Mas ambos acreditavam que as possibilidades benéficas abertas pela era moderna superavam suas características negativas. Marx via a luta de classes como fonte de dissidências fundamentais na ordem capitalista, mas vislumbrava ao mesmo tempo a emergência de um sistema social mais humano. Durkheim acreditava que a expansão ulterior do industrialismo estabelecia uma vida social harmoniosa e gratificante, integrada através de uma combinação da divisão do trabalho e do individualismo moral. Max Weber era o mais pessimista entre os três patriarcas fundadores, vendo o mundo moderno como um mundo paradoxal onde o progresso material era obtido apenas à custa de uma expansão da burocracia que esmagava a criatividade e a autonomia individuais. Ainda assim, nem mesmo ele antecipou plenamente o quão extensivo viria a ser o lado mais sombrio da modernidade.¹

No entanto, na modernidade, especialmente a partir do século XX, as crises passaram a ser encaradas por governos e outras instituições como instrumentos de obtenção de resultados específicos.

Se tomarmos a Primeira Guerra Mundial como exemplo, veremos que foi oriunda de uma crise político-econômica gerada, dentre outros fatores, pela disputa de mercados internacionais entre nações europeias. Tal contenda foi causadora de uma crise sem precedentes em termos mundiais, especialmente em boa parte dos países da Europa, palco principal dos conflitos e que teve seus territórios em grande medida devastados por bombardeios.

Todavia, se muitas pessoas perderam com a guerra, outras lucraram muito com ela, fornecendo armas, munições, medicamentos, suprimentos e, finda a

¹ GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. (Biblioteca Básica), p. 13.

guerra, materiais diversos para a reconstrução de rodovias, pontes, ferrovias, edifícios, etc.

E um fenômeno similar foi observado ao longo da Segunda Guerra Mundial, fazendo com que muitas corporações e governos passassem a ver crises desta ordem como benéficas aos seus interesses de obtenção de lucros ou mesmo de ampliação de domínio político-econômico. Mas para que uma grande crise possa ser provocada e trazer polpidos resultados, ela deve acontecer a partir de outras crises provocadas em diversas instituições e em lugares variados, de forma a gerar uma instabilidade sistêmica, mas controlável dentro dos parâmetros e metas a serem atingidas pelos seus provocadores. No aparente descontrole das crises, há um *telos* orquestrado para o seu acontecer.²

O mundo em que nos encontramos hoje [...] em vez de estar cada vez mais sob nosso comando, parece um mundo em descontrole. Além disso, algumas das influências que, supunha-se antes, iriam tornar a vida mais segura e previsível para nós, entre elas o progresso da ciência e da tecnologia, tiveram muitas vezes o efeito totalmente oposto. A mudança do clima global e os riscos que a acompanham, por exemplo, resultam provavelmente de nossa intervenção no ambiente. Não são fenômenos naturais. A ciência e a tecnologia estão inevitavelmente envolvidas em nossas tentativas de fazer face a esses riscos, mas também contribuíram para criá-los.

Deste modo, as crises passaram a ser “fabricadas” em várias instituições, por grupos de interesses de poder específicos, gerando abalos nas instituições que beneficiam de alguma maneira a esses atores orquestradores das crises. Esses abalos são significativos porque, se tornando sistemáticos e generalizados, põem em risco a própria identidade social ao provocar a corrosão e a desintegração das relações.

Habermas³ chama a atenção para esta peculiaridade da compreensão atual da crise e de sua utilização ao falar do capitalismo tardio:

Nas sociedades tradicionais, as crises aparecem quando, e apenas quando, problemas de condução não podem ser resolvidos dentro da possibilidade do espaço circunscrito pelo princípio de organização e, portanto, produz perigos para a integração do sistema que ameaçam a identidade da sociedade. Nas sociedades liberais capitalistas, por outro lado, as crises se tornaram endêmicas porque problemas de condução temporariamente sem solução, que o processo de crescimento econômico produz em intervalos mais ou menos regulares enquanto faz ameaça a integração social.

² GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrole*. 6.ed. Tradução de Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007, p. 14.

³ HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Wamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980, p. 39.

Em tempos de utilização sistemática e estratégica das crises como instrumentos de obtenção de vantagens específicas, os grupos de interesse que as potencializam se valem de um processo de mascaramento das verdades, de discursos que parecem ser portadores de veracidade, mas não o são. E tais grupos de interesse se valem de um instrumento importante para gerar abalos institucionais e atingir de maneira massiva a população: as *fake news*.

Passemos, pois, a analisar a relação entre crises e verdade, para na sequência entendermos o papel das *fake news* nesse processo social.

III. CRISE, FAKE NEWS E PÓS-VERDADE

Efetivas obras de ficção com gênero literário⁴ ora sofisticado, ora tosco, as *fake news* são “plantadas” nos meios de comunicação de massa para parecerem notícias cujo teor se apresenta como verídico, gerando efeitos devastadores sobre a opinião pública, pois não apenas geram uma distorção localizada de um fato qualquer, mas provocam uma desconfiança generalizada nas próprias informações, pois tudo passa a ser possível como verdade.

Assim, a verdade deixa de ser algo que possua qualquer parâmetro objetivo de verificação para se tornar aquilo que cada um quer acreditar como sendo verdadeiro, lançando a sociedade num relativismo que caracteriza o que alguns denominam de era da pós-verdade.⁵

Discorramos rapidamente sobre a questão da verdade, para melhor compreender o que está imbricado da concepção de pós-verdade.

3.1. Verdade e pós-verdade

Desde a antiguidade, praticamente todas as civilizações pautaram sua concepção de verdade numa perspectiva ontológico metafísica. Isso significa, em linhas gerais, assumir que a verdade é uma coisa, um ser (*ontos*), que o ser humano tem a posse na medida em que esta se encontra em si, na sua mente. E essa posse da verdade ocorre porque a verdade foi posta em nós, na alma humana (num viés subjetivista) ou foi absorvida por nós da natureza (num viés objetivista). No viés subjetivista, o que predomina

⁴ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 235-258.

⁵ HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004, p. 242-266.

[...] é a crença de que a verdade e o conhecimento são uma propriedade do sujeito, presentes nele de maneira anterior à experiência. Isso faz com que haja uma descoberta da verdade dentro de nós, um desvelamento do ser que já está dado, que já está posto; nada de novo se cria em termos de conhecimento, mas apenas se recorda aquilo que já está dado como verdade. Ademais, há uma depreciação da experiência e um desprezo para com as possibilidades de aprendizado com a alteridade, já que outro só se nos apresenta como alguém que deve se moldar às verdades que trazemos em nossa mente; ou ele se “converte” e percebe a verdade, esta que se revela no sujeito, ou então deve ser “neutralizado” (eliminada, calada, extirpada da sociedade).⁶

Por sua vez, no viés objetivista, impera

[...] uma convicção de fundo no sentido de que a verdade e o conhecimento humanos são advindos da descoberta destes na natureza, posto que nela é que reside a sede dos mesmos. Deste modo, conhecer significa absorver as verdades, através da experiência, adequando o intelecto humano ao ser da realidade.⁷

Tais compreensões acerca da verdade foram hegemônicas na antiguidade e estão presentes no caldo cultural que constitui a modernidade até nossos dias, em que pese a ultrapassagem cognitiva destas teorias do conhecimento pelas reflexões de Immanuel Kant, no século XVIII, e da Escola de Oxford (especialmente John L. Austin), no século XX.

Contemporaneamente, os contributos de Kant e Austin são atualizados nas discussões acerca do conhecimento e da verdade levados a cabo por Jürgen Habermas, em obras como *Técnica e ciência como ideologia* (1968), *Conhecimento e interesse* (1968), *Teoria da ação comunicativa* (1981), *Teoria da ação comunicativa: estudos complementares e prévios* (1984), *Pensamento pós-metafísico* (1988) e *Verdade e justificação* (2004).

Percebe-se, nesses autores mencionados, desde Kant, um deslocamento de uma perspectiva ontológico-metafísica para uma concepção linguística e discursiva da verdade: esta passa a ser vista como uma pretensão de validade levantada entre pessoas quando querem descrever um objeto ou fato. Deste modo, o que é verdadeiro, falso ou indecível não é o objeto ou o fato descrito, mas a

⁶ HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, Sandra Lúcia; NOVAIS CORDEIRO, Rosa Inês; MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. (Orgs.). *Incurções interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2012, v. 1, p. 59.

⁷ HANSEN, 2012, p. 60.

descrição feita por um sujeito a outros interlocutores; e existem parâmetros de verificabilidade para corroborar ou não como verdadeira a descrição efetivada.

Ora, essa nova compreensão da verdade que brota no século XX abre espaço, por um lado, para a desmitificação do conhecimento e da verdade, já que passam a ser produtos das relações sociais mediadas pela linguagem; por outro lado, para a manipulação das descrições e para a intransparência quanto aos parâmetros de verificabilidade das mesmas, sedimentando o lugar e o ambiente da denominada pós-verdade.

Assim, toda a descrição é possível como verdade, sem limites ou parâmetros, levando à obsolescência da própria possibilidade da verdade; daí a “pós” verdade. E isso impactará decisivamente a sociedade de massas, que se verá sem referenciais ou com os referenciais de ocasião que cada pessoa quiser tomar como válido naquele momento, sem preocupação alguma de coerência ou congruência com o momento anterior ou seguinte.

Paradoxalmente, como as pessoas ainda estão impregnadas dos “odores culturais” irrefletidos das tradições, para fugir à instabilidade e à fluidez, muitas delas passam a se agarrar às verdades de origem tradicional, notadamente portadoras de caráter ontológico-metafísico.

Verdades consagradas exclusivamente por dogmas necessitam de instrumentos que aparentem suas existências. Tal como as religiões, que necessitam de manifestação cultural para demonstrar sua expressão, o dogma necessita do formalismo para afirmar sua facticidade, porém, a expressão formal de seus postulados, em ambos os casos, não os legitima senão por aceitação ideológica ou crença desprovida de razão.⁸

Essa naturalização ontológico-metafísica nas condutas das pessoas em sociedade leva à adoção de posturas fundamentalistas, de teor político e matizes religiosos.

[...] quando uma pessoa ou grupo assumem uma perspectiva substancial com relação ao seu projeto, encarando-o como o único modo possível e verdadeiro de realizar a sociedade, assumem o que aqui denominamos de postura fundamentalista. Na posse de verdades absolutas e inquestionáveis, ancoradas em concepções ontológico-metafísicas, tendem a se colocar na posição de ruptura com qualquer tipo de diálogo ou na negação de qualquer forma de interlocução, como se isso fosse o natural, o normal.⁹

⁸ LOPES FILHO, Ozéas Corrêa. *Inquérito policial* – teoria e crítica ao modelo investigativo brasileiro (uma alternativa democrático-discursiva). Niterói: Editora Light, 2013, p. 92.

⁹ HANSEN, Gilvan Luiz; HANSEN JÚNIOR, Gilvan Luiz. Democracia, Estado de Direito e fundamentalismo. In: NEVES, Edson Alvisi; FERNANDES MONICA, Eder; HANSEN, Gilvan

Os riscos de retrocessos civilizatórios, a níveis de barbárie pré-modernos, são elevadíssimos. E sobre isso é necessário que se reflita, no intuito de compreender o que se passa a fim de agir no enfrentamento desses projetos de dominação social em âmbito planetário.

3.2. O papel das *fake news* na dominação social

As *fake news* (falsas notícias) não são uma exclusividade do nosso tempo, pois estão presentes ao longo da história humana, nas narrativas de diferentes povos e civilizações. Falsas notícias condenaram Sócrates à morte na Grécia, derrubaram Cleópatra e Marco Antônio no período romano, impediram que Aníbal e os cartagineses tomassem Roma, condenaram Jesus à crucificação, foram usadas amplamente nas guerras e pelos serviços secretos das nações; e assim poderíamos elencar centenas de outros eventos.

Contudo, o que há de novo nas *fake news* está ligado ao seu potencial aniquilador ou alavancador decorrente do desenvolvimento tecnológico e da planetarização das informações pelas novas formas de comunicação global (redes sociais, propagandas, televisões, computadores, etc.).

O efeito de aceleração advindo das técnicas avançadas de comunicação e de transporte possui uma importância totalmente diferente para a modificação a longo prazo do horizonte cotidiano de experiências. [...] A consciência do espaço e do tempo é afetada de um outro modo pelas novas técnicas de transmissão, armazenamento e elaboração de informações. [...] As distâncias espaciais e temporais não são mais “vencidas”; elas desaparecem sem deixar marcas na presença ubíqua de realidades duplicadas. A comunicação digital finalmente ultrapassa em alcance e em capacidade todas as outras mídias. Mais pessoas podem conseguir e manipular quantidades maiores de informações múltiplas e trocá-las em um mesmo tempo que independe das distâncias. Ainda é difícil de se avaliarem as consequências mentais da Internet, cuja aclimação no nosso mundo da vida resiste de um modo mais enérgico do que a de um novo utensílio doméstico.¹⁰

Esses elementos contidos no nosso tempo dão às falsas notícias, por um lado, uma aparência de veracidade antes não vista, graças à sofisticação de recursos para a sua produção; por outro lado, disseminam e alastram rapidamente a

Luiz. *Democracia, estado de direito e cidadania*. enfoques e reflexões. Niterói/RJ: Ed. Light, 2014. p. 234. E-Book.

¹⁰ HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional*: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001, p. 57-58.

informação, valendo-se de uma rede de comunicação que possui capilaridade e abrangência planetária.

Alie-se ao fenômeno supra explicitado o anseio da massa, do ajuntamento humano, em ter segurança e estabilidade entendida como não ter o esforço do pensar, do refletir criticamente. A consequência disso é a absorção das *fake news* como verdades absolutas e uma quase total impermeabilidade ante à crítica ou ao diálogo, pois ainda que alguém prove serem as notícias falsas, “o gado doméstico”¹¹ já se põe surdo aos argumentos e deprecia ou hostiliza qualquer manifestação que possa vir a se contrapor às suas crenças.

Deste modo, fica mais fácil para os detentores dos aparatos tecnológicos, as corporações e os governos usarem seu poderio no sentido de impor seus interesses, obtendo a adesão e o conformismo de rebanhos dóceis e imbecilizados, que convertem falsas notícias em verdades absolutas e ainda ajudam seus dominadores a carregar as coisas que expropriam deles, sendo a liberdade e a capacidade crítico-reflexiva extirpadas das práticas destas populações, lembrando-nos o quadro vaticinado por F.W. Nietzsche em *Also sprach Zarathustra: Ein Buch für Alle und Keinen*, ao dizer que nada se devia dar ao povo, mas, ao contrário, tudo tomar dele, pois este ainda de bom grado ajudaria a carregar o que se lhe era tomado: “Nada lhes dê — disse o santo. — Pelo contrário, tira-lhes qualquer coisa e eles logo te ajudarão a levá-la. Nada lhes convirá melhor, de que quanto a ti te convenha”.¹²

A observação dos eventos cotidianos que ocupam os noticiários e que dão conta, mundo afora, da preocupação com as *fake news* utilizadas como instrumentos políticos de manipulação das populações em diferentes países motivou a abordagem deste tema de modo sistemático e crítico.

Os resultados que parecem surgir a partir das análises iniciais dão conta de que o fenômeno das *fake news* assumiu proporções planetárias e se tornou hoje um dos instrumentos mais eficazes de obtenção de resultados econômicos e políticos por parte de grupos de interesse em disputa pelo poder nas sociedades.

Isso afeta a todos nós, cidadãos comuns, pois põem em risco as bases de sociabilidade alinhavadas ao longo de milênios e que se estruturaram contemporaneamente na forma de estados democráticos de direito. Mas impacta sobremaneira a nós, enquanto profissionais da educação e pesquisadores nas áreas humanísticas, pois possuímos uma responsabilidade social de crítica aos fenômenos,

¹¹ KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento? In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 102.

¹² NIETZSCHE, F.W. *Assim falou Zarathustra*. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 2014, p. 8.

atuando como uma espécie de alarme contra “incêndios” que ameaçam consumir em chamas as sociedades nas quais vivemos. Por isso, torna-se mister essa tarefa crítica que ora engendramos e que precisa ser continuada.

CONCLUSÃO

Apesar dos cenários pouco alentadores, em termos globais, no que tange à superação destas posturas no âmbito das sociedades contemporâneas, o que se pode perceber é uma luta travada em trincheiras nem sempre visualmente acessíveis, cujo resultado implicará na dominação ampla das consciências em face dos interesses de mercado, ancorados em *fake news* e falsas identidades, ou na possibilidade de consolidação de espaços democráticos, críticos, onde a pluralidade das formas de se expressar e de existir possa ainda ser garantida.

O grande desafio, em tempos de pós-verdades e pós-modernidade, talvez se coloque na forma de defesa da racionalidade, enquanto capacidade humana que permitiu a que chegássemos a esse estágio civilizatório, mas que tem sido combatida em nome da religião, da política e do mercado, como se esses estivessem acima da própria racionalidade humana, enquanto entidades suprasensíveis e ahistóricas.

Somente graças à capacidade racional é que conseguimos, finalmente, discernir e delimitar o meu e o teu, o *ego* e o *alter*, construindo a subjetividade e a possibilidade do encontro de um outro que não eu, com o qual posso estabelecer uma relação, um vínculo, um aprendizado, do qual pode resultar uma experiência cognitiva.¹³

Se há uma saída possível, a racionalidade em sua expressão comunicativa parece apontar uma possibilidade factível ou desejável, enquanto *Sollen*, enquanto dever ser.

É fundamental o amadurecimento de redes de participação social legítimas, a fim de estabelecer um modelo emancipatório, mais colaborativo, e também mais democrático.

No âmbito de uma democracia participativa, a opinião pública tem muitas funções a desempenhar. Nos respectivos meios de comunicação – desde a conversa de bar, passando pela imprensa escrita, falada e televisionada, até as ciências, simpósios e academias especializadas, sem falar nas iniciativas populares –, a opinião pública não apenas é um fórum em que se podem exprimir interesses e opiniões, mas também uma arena em que se luta por influência e poder. Outrossim, é uma instância crítica, perante a qual a

¹³ HANSEN, 2012, p. 57.

política inteira, inclusive a jurisprudência, e sobretudo uma jurisprudência constitucional, deverá se justificar.¹⁴

O exercício discursivo em uma arena onde estão presentes culturas de caráter tão diverso pressupõe a participação de cidadãos capazes de argumentação e de disponibilização de escuta qualificada (interessada de fato). Urge o desenvolvimento de cidadãos capazes de adotar uma postura cosmopolita, cuja participação social possibilite o fortalecimento da confiança, das relações e das instituições.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Editora UNESP, 1991. (Biblioteca Básica).

GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo*. 6.ed. Tradução de Maria Luiz X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Record, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *A crise de legitimação no capitalismo tardio*. Tradução de Wamireh Chacon. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1980.

HABERMAS, Jürgen. *Conhecimento e interesse*. Introdução e tradução de José Nicolau Heck. Rio de Janeiro: Ed. Guanabara, 1987.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antonio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-metafísico*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*. Trad. Manuel Jiménez Redondo. Madrid: Taurus, 1992. 2 v.

HABERMAS, Jürgen. La nueva intimidad entre cultura y política. *La necesidad de revisión de la izquierda*. Introdução e tradução de Manuel Jiménez Redondo. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1996.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997, 2 v.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional: ensaios políticos*. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001.

¹⁴ HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 132.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Verdade e justificação*. Tradução de Milton Camargo Mota. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. *Entre naturalismo e religião*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2007.

HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana*. 2.ed. Tradução de Karina Jannini. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

HANSEN, Gilvan Luiz. Conhecimento, verdade e sustentabilidade: perspectivas ético-morais em cenários contemporâneos. In: REBEL GOMES, Sandra Lúcia; NOVAIS CORDEIRO, Rosa Inês; MENDES DA SILVA, Ricardo Perlingeiro. (Orgs.). *Incursoes interdisciplinares: Direito e Ciência da Informação*. Rio de Janeiro: Beco do Azogue, 2012, v. 1, p. 55-76.

HANSEN, Gilvan Luiz; HANSEN JÚNIOR, Gilvan Luiz. Democracia, Estado de Direito e fundamentalismo. In: NEVES, Edson Alvisi; FERNANDES MONICA, Eder; HANSEN, Gilvan Luiz. *Democracia, estado de direito e cidadania: enfoques e reflexões*. Niterói/RJ: Ed. Light, 2014. p. 227-240. E-Book.

HÖFFE, Otfried. *A Democracia no mundo de hoje*. Tradução de Tito Lívio Cruz Romão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

JAPIASSU, Hilton. *As paixões da ciência*. São Paulo: Letras & Letras, 1991.

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta o que é o Esclarecimento?. In: KANT, Immanuel. *Immanuel Kant: textos seletos*. 2.ed. Introdução de Emmanuel Carneiro Leão; tradução de Floriano de Sousa Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1985. p. 100-117.

KANT, Immanuel. *Crítica da Razão Pura*. 3.ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1994.

LOPES FILHO, Ozéas Corrêa. *Inquérito policial – teoria e crítica ao modelo investigativo brasileiro (uma alternativa democrático-discursiva)*. Niterói: Editora Light, 2013.

NIETZSCHE, F.W. *Assim falou Zaratustra*. 7.ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

ROUANET, Sergio Paulo. *Interrogações*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

SENNETT, Richard. *A corrosão do caráter: o desaparecimento das virtudes com o novo capitalismo*. Tradução de Marcos Santarrita. Rio de Janeiro: Best Bolso, 2012.

OS DIREITOS À INFORMAÇÃO E À EDUCAÇÃO PARA O CONSUMO NO BRASIL: uma leitura crítica do Código de Defesa do Consumidor

DUARTE DOS SANTOS E SILVA, Cândido Francisco

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF), Professor do Departamento de Direito de Macaé da Universidade Federal Fluminense (ICM/UFF), Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (UFF), Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF)
candidoduarte@id.uff.br.

HANSEN, Gilvan Luiz

Doutor em Filosofia (UFRJ), Professor do Departamento de Direito Privado da Universidade Federal Fluminense (SDV/UFF), Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direitos, Instituições e Negócios (UFF), Professor Colaborador do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF)
gilvanluizhansen@id.uff.br

RESUMO

A horizontalidade entre consumidores e fornecedores é a maior de todos os objetivos do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8078/90, sendo certo que tal preocupação é oriunda da dissonância de linguística existente entre consumidores e fornecedores, posto que tradicionalmente os meios de prova estivessem e estão sob controle daqueles que detém o capital, de certo os fornecedores. O Código de Defesa do Consumidor deve ser analisado sob dois aspectos igualmente relevantes, o aspecto formal e o aspecto fático, posto que a mera elaboração da lei em si não é capaz de lograr êxito no mundo da vida sem que a conscientização dos indivíduos concernidos pela norma jurídica não aconteça. Assim, é deveras importante avaliar quais distorções ocorrem no mundo da vida em decorrência da falta de conscientização, desconhecimento da Lei e ações de marketing direcionadas a ludibriar ou distorcer conceitos básicos do Direito do Consumidor no mundo da vida, em especial distorções que os direitos da informação e da educação podem receber, tanto na aquisição quanto no que diz respeito ao descarte de mercadorias. O presente estudo tem por objetivo refletir sobre o Código de Defesa do Consumidor, em especial os direitos à informação e à educação no que tange às incongruências baseadas na astúcia negocial e no planejamento de marketing dos fornecedores. Buscar-se-á, com isso, verificar se há um discurso simétrico entre

consumidores e fornecedores quase vinte anos depois do advento do Código de Defesa do Consumidor. Para tanto, utilizar-se-á de uma perspectiva interdisciplinar alicerçada nos contributos de Jürgen Habermas, Immanuel Kant, Theodor Adorno e Zygmunt Bauman.

Palavras-chave: Ética; Consumo; Educação; Vulnerabilidade; Informação.

RESUMEN

La horizontalidad entre consumidores y proveedores es el más alto de todos los objetivos del Código de Protección al Consumidor, Ley 8078/90, aunque esta preocupación se debe a la disonancia de la lingüística entre consumidores y proveedores, ya que tradicionalmente los medios de prueba han sido y están bajo el control de quienes poseen el capital, por supuesto, los proveedores. El Código de Protección al Consumidor debe analizarse en dos aspectos igualmente relevantes, el aspecto formal y el hecho, ya que la simple elaboración de la ley en sí misma no es capaz de alcanzar el éxito en el mundo de la vida sin la conciencia de los individuos afectados por el Norma legal no sucede. Por lo tanto, es muy importante evaluar qué distorsiones se producen en el mundo de la vida debido a la falta de conocimiento, la falta de conocimiento de la Ley y las acciones de mercadotecnia destinadas a engañar o distorsionar los conceptos básicos de la Ley del Consumidor en el mundo de la vida, especialmente las distorsiones que los derechos de La información y la educación pueden recibirse, tanto en la adquisición como en la disposición de los bienes. El propósito de este estudio es reflexionar sobre el Código de Defensa del Consumidor, en particular los derechos de información y educación sobre inconsistencias basadas en la negociación de la astucia y la planificación de mercadeo de los proveedores. Se buscará verificar si existe un discurso simétrico entre los consumidores y los proveedores casi veinte años después de la llegada del Código de Protección al Consumidor. Para ello, se utilizará desde una perspectiva interdisciplinaria basada en las contribuciones de Jürgen Habermas, Immanuel Kant, Theodor Adorno y Zygmunt Bauman.

Palabras clave: Ética; Consumo; Educación; Vulnerabilidad; Información.

ABSTRACT

The horizontality between consumers and suppliers is the highest of all the objectives of the Consumer Protection Code, Law 8078/90, although this concern is due to the dissonance of linguistics between consumers and suppliers, since traditionally the means of proof has been and are under the control of those who own the capital, of course the suppliers. The Code of Consumer Protection must be analyzed in two equally relevant aspects, the formal aspect and the factual aspect, since the mere elaboration of the law itself is not capable of achieving success in the world of life without the awareness of the individuals concerned by the legal

standard does not happen. Thus, it is very important to assess which distortions occur in the world of life due to lack of awareness, lack of knowledge of the Law and marketing actions aimed at deceiving or distorting basic concepts of Consumer Law in the world of life, especially distortions that the rights of information and education can receive, both in the acquisition and in regard to the disposal of goods. The purpose of this study is to reflect on the Consumer Defense Code, in particular the rights to information and education regarding inconsistencies based on negotiating cunning and marketing planning of suppliers. It will be sought to verify if there is a symmetrical discourse between consumers and suppliers almost twenty years after the advent of the Code of Consumer Protection. To do so, it will be used from an interdisciplinary perspective based on the contributions of Jürgen Habermas, Immanuel Kant, Theodor Adorno and Zygmunt Bauman.

Keywords: Ethic; Consumption; Education; Vulnerability; Information.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUAS FINALIDADES; III. O DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONSUMIDOR; IV. AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS E O CONTRIBUTO DE HABERMAS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Os direitos à informação e à educação são talvez dos mais emblemáticos contidos no Código de Defesa do Consumidor, mas especificadamente por terem como objetivo propiciar a que fornecedores e, principalmente, consumidores tenham as ferramentas linguísticas necessárias para que possam dialogar de forma simétrica e clara, sem quaisquer subterfúgios que possam desequilibrar as relações negociais entre eles.

Tais direitos repercutem de forma direta na satisfação do consumidor, em autoestima, em seu direito à vida, à saúde e à segurança, posto que, muitas vezes, ao buscar a aquisição de algum bem ou serviço, o fazem a partir de ter resguardado recursos oriundos de seus parcos rendimentos no mercado de trabalho, nutrindo sonhos, desejos e anseios.

Não há que se duvidar que o trabalho e o consumo sejam indispensáveis ao mercado. Este mercado, por sua vez, transforma o consumidor outrora visto como seu senhor em seu escravo a partir de impulsos publicitários que despertam desejos em detrimento de suas necessidades.

Pode-se observar, entretanto, que a ideia de horizontalidade ou, na linguagem jurídica, isonomia entre os atores das relações de consumo, se baseia em conceitos básicos das relações humanas que deveriam estar interiorizados pelos cidadãos, tais como a ética e a moral. Neste prisma, em específico, as relações consumeristas podem receber um forte aporte da Ética do Discurso, na qual Jürgen Habermas entende que o ambiente ideal de fala é aquele em que há linearidade entre os falantes permitindo que ambos se entendam e assimilem pretensões de validade de forma clara e possam participar, efetivamente, do discurso.

Interessante destacar que tais direitos à informação e à educação se fazem presentes desde a descrição dos produtos em seus rótulos, passando pelas condições de aquisição previstas nas ofertas, até mesmo a conscientização do consumidor em um patamar superior que, em tese, não interessaria a fornecedores e aos profissionais de marketing.

Pode-se falar aqui no empoderamento do cidadão-consumidor, aquele capaz de se tornar esclarecido nos moldes Kantianos e que possa, a partir do senso crítico, avaliar ofertas, publicidade e estratégias do mercado no que diz respeito aos impulsos que podem conduzir o consumidor a aquisição de produtos ou serviços por mero desejo em detrimento de suas necessidades de subsistência.

Exemplo claro da falta de conscientização do consumidor se dá no Brasil no Dia do Consumidor, dia este que deveria ser marcado pela reflexão crítica e pela luta por direitos consumeristas e que, na verdade, foi transformado neste país em um dia de ofertas e incentivo ao consumo. Será que o Código de Defesa do Consumidor logrou êxito em sua proposta? Temos hoje efetivos consumidores-cidadãos ou ainda carecemos de uma perspectiva crítica nas relações de consumo? É em torno dessas questões que o texto procurará se debruçar.

II. O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E SUAS FINALIDADES

O Código de Defesa do Consumidor apresenta como preocupação não apenas regular as relações consumeristas por via legal, mas tem por finalidades implícitas a promoção, através dos instrumentos jurídicos, da cidadania no que tange ao consumo responsável para gerar uma sociedade em equilíbrio e mais justa.

Nesse contexto, as normas jurídicas deveriam promover, pela sua aplicação constante, hábitos e práticas salutares nas relações de consumo, moralizando-as de tal modo que a cidadania fosse se desenvolvendo como uma espécie de consequência natural do cumprimento das leis. Essa noção, aliás, é muito inspirada na

compreensão kantiana do direito e do papel social deste, enquanto promotor da moralização pela juridificação.

Há que se observar que pensar em um consumidor cidadão imbrica no ideal de um consumidor capaz de atuar de forma crítica e de dialogar em igualdade de condições com os fornecedores, não apenas em nível formal, como pressupõe o Código de Defesa do Consumidor de forma ímpar, mas também enquanto empoderado, esclarecido, saído da minoridade, nos moldes discutidos por Kant.¹⁵

Esse consumidor deveria identificar os impulsos oriundos da publicidade e do marketing e conseguir desenvolver melhor suas escolhas tanto quanto a preservação de suas necessidades, evitando assim um grave efeito colateral da sociedade de consumo que é o superendividamento, bem como quanto ao descarte das mercadorias adquiridas, tendo em vista a obsolescência programada, e outro efeito colateral que repercute na esfera ambiental.

Frise-se que, na citada obra, Immanuel Kant se preocupa precipuamente com o que chama de esclarecimento, o que pode ser entendido nos dias atuais como consciência crítica, emancipação ou mesmo empoderamento. Entende Kant que o indivíduo se encontra em estado de menoridade, por sua própria culpa, por covardia ou mesmo preguiça, de modo que se torna mais fácil sua tutela.¹⁶

A culpa do indivíduo, ao qual Kant atribui a sua própria inércia pode se traduzir em acomodação, onde a partir da tutela exercida por outrem, a este delega funções, ações, decisões. Conforme o pensador, é mais conveniente arcar com a obrigação de pagar a terceiros que se encarregarão de dizer-lhe o que e como fazer.¹⁷

A comodidade de ter outro a realizar as tarefas mais desagradáveis, como de forma perspicaz entende o filósofo, traduz-se em um entrave para o desenvolvimento da autonomia dos indivíduos o que se torna claro em se observar o próprio exercício da cidadania através do voto. Note-se que o processo democrático representativo denota a eleição de representantes do povo que, por sua vez acabam por contentar-se com esta posição de mera delegação de poderes a terceiros.

Por que se traça tal crítica? Entende-se que o exercício da cidadania ativa pressupõe constante fiscalização e participação no processo legislativo, ou seja, não se trata meramente de delegar poderes, mas de, observando o pensamento de Habermas, enquanto concernidos pela norma, participar ativamente do discurso.

¹⁵ KANT, Immanuel. Resposta a Pergunta: que é o Esclarecimento?. In: *Immanuel Kant - Textos Seleto*s. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985.

¹⁶ KANT, 1985, p. 100.

¹⁷ KANT, 1985, p. 104.

Ocorre, entretanto, que a luz de Kant, o desenvolvimento da autonomia é pressuposto indispensável para se tratar da participação no discurso. Aquele que não desenvolve sua autonomia não reunirá condições de participar ativamente do processo e como já observado no decorrer desta análise, a culpa segundo Kant, é daquele que prefere se encontrar em estado de tutelado.

Conforme Kant

É difícil, portanto, para um homem em particular desvencilhar-se da menoridade que para ele se tornou quase uma natureza. Chegou mesmo a criar amor a ela, sendo por ora realmente incapaz de utilizar seu próprio entendimento, porque nunca o deixaram fazer a tentativa de assim proceder. Preceitos e fórmulas, estes instrumentos mecânicos do uso racional, ou, antes, do abuso de seus dons naturais, são os grilhões de uma perpétua menoridade.¹⁸

Theodor Adorno¹⁹ entende que a emancipação nos moldes kantianos é indispensável à democracia

A exigência de emancipação parece ser evidente numa democracia. Para precisar a questão, gostaria de remeter ao início do breve ensaio de Kant intitulado "Resposta a pergunta: o que é esclarecimento?". Ali ele define a menoridade ou tutela e, deste modo, também a emancipação, afirmando que este estado de menoridade e auto-inculpável quando sua causa não é a falta de entendimento, mas a falta de decisão e de coragem de servir-se do entendimento sem a orientação de outrem. "Esclarecimento e a saída dos homens de sua auto-inculpável menoridade".²⁰

Continua Adorno

Este programa de Kant, que mesmo com a maior má vontade não pode ser acusado de falta de clareza, parece-me ainda hoje extraordinariamente atual. A democracia repousa na formação da vontade de cada um em particular, tal como ela se sintetiza na instituição das eleições representativas para evitar um resultado irracional e preciso pressupor a aptidão e a coragem de cada um em se servir de seu próprio entendimento. Se abrirmos mão disto, todos os discursos quanto a grandeza de Kant torna-se mera retórica, exterioridade; como quando estamos na Alameda da Vitória e chamam a nossa atenção para o grande Príncipe Eleitor. Quando se pretende levar a sério o conceito de uma tradição intelectual alemã, e preciso começar reagindo energicamente a uma tal situação.²¹

A partir de Kant, com o devido reforço da análise de Theodor Adorno, tem-se que o direito a educação é condição indispensável ao desenvolvimento da

¹⁸ KANT, 1985, p. 100.

¹⁹ ADORNO, Theodor W. *Educação e Emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

²⁰ ADORNO, 2010, p. 173-174.

²¹ ADORNO, 2010, p. 174.

autonomia posto que, sem esta os indivíduos seriam fadados a menoridade. Entende Adorno que a emancipação nos moldes propugnados por Kant, não é uma categoria estática, mas sim dinâmica, em suas palavras um “vir a ser” e não um “ser”²², o que resta claro quando o próprio Kant, no texto mencionado, diz que estamos em época de esclarecimento.²³

Ousa-se acreditar que mesmo séculos após tal texto de Kant, ainda não houve superada a época de necessidade do esclarecimento, onde o indivíduo possa vencer os grilhões que o mantém preso a menoridade nos moldes kantianos.

III. O DIREITO À EDUCAÇÃO E O CONSUMIDOR

Entende Adorno que a escola é ferramenta chave para que a emancipação possa ocorrer como uma verdadeira possibilidade de quebra de paradigma. Paradigma este, nos moldes Kantianos, representado pela menoridade. Para Adorno, resta claro que os poucos interessados na saída desta menoridade em busca da emancipação devem concentrar forças numa educação voltada para a resistência e contradição.²⁴

O filósofo então tece duras críticas a “filmes comerciais”, onde defende que a partir da escola se deve elucidar as inverdades neles contidas de modo a afastar os estudantes do que poderia ser entendido como uma falsa noção da realidade, bem como demonstrar que a ideia, muitas vezes passada pelos meios de comunicação, em especial ao citar rádios, que dão conta de um “mundo feliz” não condizem com a realidade. Para ele, a música e o cinema também deveriam ser analisados criticamente de modo a evitar que o indivíduo seja enganado em prol da emancipação.²⁵

Interessante observar que a preocupação de Theodor Adorno, baseada no pensamento Kantiano acaba por desaguar em diagnósticos e questões discutidas por Zigmunt Bauman, eis que ao se debruçar sobre a Sociedade de Consumo, constatou que nenhuma sociedade jamais prometeu o que esta promete, ou seja, a felicidade em vida.²⁶

O pensador polonês constata que a sociedade de consumo acaba por trabalhar dois sentimentos importantes ao indivíduo, a felicidade e a frustração levando-se em conta que o indivíduo deve ser estimulado a consumir e, observando

²² ADORNO, 2010, p.180.

²³ KANT, 1985, p. 118.

²⁴ ADORNO, 2010, p. 181-182.

²⁵ ADORNO, 2010, p. 182.

²⁶ BAUMAN, Zigmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar. 2007.

a lógica do mercado, onde dinheiro e mercadorias devem ser transmitidos de mão em mão e de forma urgente, necessário se faz frustrá-lo com o advento dos novos lançamentos de determinado fabricante.²⁷

Quando se apresenta a pergunta “Você é feliz?” aos membros de uma sociedade líquido-moderna de consumidores, seu status é, portanto, profundamente distinto da mesma pergunta quando dirigidas a membros de sociedades que não fizeram uma promessa nem firmaram um compromisso semelhantes. A sociedade de consumidores é avaliada, para o bem ou para o mal, pela felicidade de seus membros – em um grau desconhecido e dificilmente compreensível a qualquer outra sociedade de que se tem registro. As respostas à pergunta “Você é feliz?” dadas por membro da sociedade de consumidores podem, de maneira legítima, ser vistas como o teste maior de seu sucesso e fracasso.²⁸

O consumismo tem como arcabouço uma propulsão crescente de desejos que não podem ser saciados, implicando como dito anteriormente ao imediatismo e consequente descarte rápido²⁹ o que pode se traduzir em um grave efeito colateral da sociedade de consumo.

Para atender a todas essas necessidades, impulsos, compulsões e vícios, assim como oferecer novos mecanismos de motivação, orientação e monitoramento da conduta humana, a economia consumista tem de se basear no excesso de *desperdício*. A possibilidade de conter e assimilar a massa de inovações que se expande de modo incessante está ficando cada vez mais reduzida – talvez até nebulosa. Isso porque, para manter em curso a economia consumista, o ritmo de aumento do já enorme volume de novidades tende a ultrapassar qualquer meta estabelecida de acordo com a demanda já registrada.³⁰

Nesse ponto, pode-se novamente encontrar conexão entre os pensamentos de Kant, Adorno e Bauman, atentando-se ao fato que o cerne da questão é o esclarecimento ou a sua ausência em uma sociedade de consumo.

Note-se que Adorno estava preocupado com a indústria cultural, com as rádios, com a mensagem vinculada e pela falsa noção da realidade transmitida, a ideia de um “mundo feliz” que é o que vem, de certa forma a diagnosticar Bauman em *Vida para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadoria*.³¹

Na sociedade de consumo se convive com uma infinidade de informações o que demonstra ao citar Ignácio Ramonet, dando conta de que se havia produzido

²⁷ BAUMAN, 2007, p. 51.

²⁸ BAUMAN, 2007, p. 61.

²⁹ BAUMAN, 2007, p. 44.

³⁰ BAUMAN, 2007, p. 53.

³¹ BAUMAN, 2007.

mais informação no mundo, daquele momento em que redigia o citado texto, em trinta anos do que nos cinco mil anos anteriores, denotando um verdadeiro excesso de informação.³²

É justamente nessa infinidade de informações em que os fornecedores através da publicidade tentam a todo custo influenciar os potenciais consumidores despertando-lhe novos desejos, novas “necessidades”.

Neste ponto, Bauman traça dura crítica a indústria cultural e a transformação da arte em pura mercadoria, remetendo-se ao “empilhamento musical”, citando para tanto Bill Martin, referindo-se a “modismos musicais” e a tentativa desenfreada da indústria na busca por mais consumidores.³³

Estaria o mercado induzindo os consumidores ao erro? A uma falsa noção da realidade? A partir dos pensamentos de Kant, Adorno e Bauman, pode-se entender que mais uma vez tudo depende da autonomia e do esclarecimento do indivíduo. Cumpre ressaltar nesse ponto, que não se utilizou até o presente momento a concepção de Bauman acerca do que vem a ser um indivíduo e um cidadão, forjada no texto *Modernidade Líquida*, onde, de forma bem sintética, o indivíduo remete a ideia de “individualização”, uma autonomia *de jure*, ou seja, meramente de direito e não uma autonomia de fato. O cidadão por sua vez, tem por objetivo alcançar seu bem-estar, a partir do bem-estar coletivo.³⁴

Assim, para se atingir um efetivo grau de emancipação deve-se, conforme Adorno, observar uma educação de resistência e contradição, o que se entende ser o desenvolvimento não de indivíduos na concepção de Bauman, mas sim de cidadãos, interessados na construção de uma esfera pública democrática a partir do exercício da cidadania ativa. Seria este o cerne da concepção da expressão consumidor-cidadão.

O direito a educação previsto no Código de Defesa do Consumidor, à luz de Sérgio Cavalieri Filho³⁵, consiste na ampliação do conhecimento e da informação do consumidor, aquele que a lei reconhece taxativamente como vulnerável, de modo a que este possa desenvolver senso crítico e maior grau de reflexão.³⁶

No que diz respeito ao direito à educação, tem-se que este se subdivide em educação formal e educação informal. Entende Cavalieri Filho que a educação formal é desenvolvida desde as mais tenras idades através da escola até os cursos

³² BAUMAN, 2007, p. 54.

³³ BAUMAN, 2007, p. 56-57.

³⁴ BAUMAN, 2001, p. 39-45.

³⁵ CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

³⁶ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 101.

universitários e a educação informal através dos meios de comunicação.³⁷ Tem-se ainda que a educação informal se também em consonância a direitos como da saúde, vida e segurança, em rótulos que indicam malefícios que podem ser causados pelo consumo de determinados bens de consumo.

Ora, é perfeitamente clara a percepção de que o direito a educação previsto no art. 6º, II, do Código de Defesa do Consumidor se coaduna com a ideia de Esclarecimento propugnada por Immanuel Kant, também com a preocupação de Theodor Adorno no que diz respeito ao desenvolvimento do senso crítico através da educação, e com um pertinente diagnóstico de Bauman acerca da sociedade de consumo.

A discussão então há de perpassar pelo conceito de vulnerabilidade do consumidor, posto que a Lei 8078/90, reconhece a desigualdade fática entre consumidores e fornecedores, posto que estes tem sob sua tutela os meios de produção, distribuição e comercialização, enquanto ao consumidor resta apenas a última fase desse processo que é justamente a aquisição de mercadorias e a contratação de serviços.³⁸

Apesar de reconhecer o consumidor como vulnerável na sociedade de consumo, o Código de Defesa do Consumidor o faz em âmbito formal, sendo ainda um desafio reduzir as desigualdades em âmbito fático. Poder-se-ia até entender que a vulnerabilidade acaba por se potencializar a partir do conceito de Giddens³⁹ de desencaixe entre tempo e espaço que se representa por um mundo globalizado, onde pessoas e decisões não se encontram no mesmo ambiente físico. O tratamento de dados na Europa e no Brasil, tem se tornado assuntos extremamente relevantes e de repercussão direta nos consumidores, haja vista a utilização de ferramentas para rastreamento de informações daqueles que navegam na rede mundial de computadores.

Ser membro da sociedade de consumidores é uma tarefa assustadora, um esforço interminável e difícil. O medo de não conseguir conformar-se foi posto de lado pelo medo da inadequação, mas nem por isso se tornou menos apavorante. Os mercados de consumo são ávidos por tirar vantagem desse medo, e as empresas que produzem bens de consumo competem pelo status de guia e auxiliar mais confiável no esforço interminável de seus clientes para enfrentar esse desafio. Fornecem “as ferramentas”, os instrumentos exigidos pelo trabalho individual de “autofabricação”.⁴⁰

³⁷ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 101-102.

³⁸ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 48-49.

³⁹ GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

⁴⁰ BAUMAN, 2007, p. 79.

Falou-se, a partir de Cavalieri Filho, na ampliação de conhecimento e maior informação ao consumidor como elementos chave para seu esclarecimento nos moldes kantianos. Por direito à informação à luz do citado autor, tem-se que o consumidor, como vulnerável não tem conhecimento algum sobre o serviço ou produto a ser contratado ou adquirido e por outro lado o fornecedor detém todas as informações acerca dele, visto ser o responsável pelo processo produtivo. Assim, o acesso à informação é imprescindível para que o consumidor possa superar a desigualdade em relação ao fornecedor.⁴¹

Pode-se então vislumbrar que pensar em um consumidor-cidadão esclarecido é entender que o direito à informação repercute de forma eficiente na práxis onde o fornecedor tem o dever de informar, como princípio básico da boa-fé objetiva, no entanto sua eficácia dependerá da situação *fática* vivenciada.⁴²

Assim, nota-se que, no intuito de que o indivíduo possa se encontrar no mesmo patamar linguístico que os fornecedores, uma série de subsídios lhe devem ser proporcionados a partir, por exemplo, de campanhas de conscientização com o objetivo de fomentar a cidadania. Por outro lado, a partir do pensamento Kantiano, deve o consumidor se libertar das amarras da menoridade em busca do esclarecimento.

Zygmunt Bauman⁴³ detectou que as necessidades do consumidor se transformaram em meros desejos que se manifestam a partir de impulsos recebidos a todo o momento através dos meios de comunicação em consonância com os interesses do mercado e que tem como consequência, até mesmo o esquecimento por parte do consumidor, de direitos básicos o que é crucial para a manutenção do lucro dos fornecedores.⁴⁴

Por outro lado, o esclarecimento do consumidor, a formação de um *Aufklärung*⁴⁵, é capaz de empoderar o cidadão e poderia permitir que este deforma crítica receba todos esses impulsos que são observados por Bauman e conscientemente consumir e descartar. O que é uma lógica inversa do que se pode observar na atualidade como a chamada obsolescência programada, onde se atribui o prazo de vida útil dos produtos, determinado muito antes destes se encontrarem nas prateleiras, ocasionando assim seu descarte em pouco tempo de utilização.

Até que ponto o consumidor consegue mensurar a quantidade de aquisições, muitas vezes motivadas por mero impulso e seu consequente descarte,

⁴¹ CAVALIERI FILHO, 2014, p. 103.

⁴² MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, p. 121-122.

⁴³ BAUMAN, 2007.

⁴⁴ BAUMAN, 2007.

⁴⁵ KANT, 1985.

muitas vezes sem os devidos cuidados, que pode conduzir a resultados lamentáveis a nível ambiental?

O desafio, na sociedade de consumo na modernidade, consiste na conscientização do consumidor (Esclarecimento) nos moldes Kantianos com a elucidação de conhecimento de conceitos como necessidade e desejo e consumo sustentável e consumismo, de modo que se possam promover elementos básicos da Ética do Discurso⁴⁶ no mundo da vida, fomentando assim a cidadania.

IV. AS RELAÇÕES CONSUMERISTAS E O CONTRIBUTO DE HABERMAS

O pensamento de Jürgen Habermas contribui para a compreensão das relações consumeristas ao apresentar procedimentos tais que possam, na práxis, se propor a diminuir a dicotomia existe entre consumidores e fornecedores na medida em que os primeiros, conforme já abordado, não detém os meios de produção, se tornando então a parte mais frágil das relações intersubjetivas de consumo.

Ao estabelecer pressupostos ideais de fala, Jürgen Habermas contribui de forma relevante para a presente discussão jurídica no tocante ao que vem a ser uma linguagem horizontal entre fornecedores e consumidores, pois se a todos é lícito participar do discurso, a todos deve ser garantida a possibilidade de ter conhecimento acerca do que vem a ser o discurso na prática e também de elementos que possam vir a fundamentar suas pretensões de validade no mundo da vida.⁴⁷

O espírito da lei consumerista tem como escopo delinear um horizonte ideal de fala entre os atores das relações de consumo tanto no mundo da vida como em sede processual, no entanto, para que se possa livremente o concernido pela norma participar do discurso, necessário se faz que este se torne um indivíduo esclarecido nos moldes kantianos para que possa então argumentar horizontalmente e desenvolver, a partir do senso crítico o consumo sustentável, o que implica discernir entre o que vem a ser efetivamente uma necessidade e um mero desejo e, a partir da observância do princípio da informação, basilar nas relações consumeristas, possa inclusive promover o descarte sustentável daqueles bens que possam ter se tornado obsoletos ou sem conserto.

⁴⁶ HABERMAS, Jürgen. Notas Programáticas para Fundamentação de uma Ética do Discurso. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989, p. 128ss.

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Pensamento Pós-Metafísico*. Tradução de Flávio Beno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990, p. 65-70.

Por outro lado, cabe ao fornecedor, com base na sinceridade recíproca que permeia as relações consumeristas observar pressupostos de validade do discurso baseados não apenas na legislação, mas na moral.

Habermas, em consonância a Alexy, indica que ao falante é ilícito contradizer-se.⁴⁸ Em âmbito consumerista tal pressuposto argumentativo repercute diretamente na discussão travada quando se tratou do excesso de informação dos dias atuais, o que repercute diretamente no que categoriza o Código de Defesa do Consumidor como oferta e publicidade.

A oferta, conforme especifica a Lei 8078/90⁴⁹, deve ser observada em sua íntegra no contrato a ser celebrado seja por qual meio seja veiculada, incluindo-se os meios de comunicação. Ela ainda se liga intimamente ao princípio da informação, na medida em que o artigo 31 estabelece que

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.

Conforme já verificado no presente *texto*, a partir das concepções de Bauman, quando se tratou do excesso de informação dos dias atuais e da consequente disputa por novos consumidores despertando-lhes novos desejos.

O que também repercute nos conceitos de publicidade enganosa e abusiva, conforme apregoa o artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor:

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.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

⁴⁸ HABERMAS, 1989, p. 110.

⁴⁹ BRASIL. *Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm> acesso em 13/6/2019.

Habermas, ainda em conformidade com Alexy, sustenta que um determinado predicado a “A”, deve se aplicar a todos aqueles que a “A” se assemelhem,⁵⁰ de modo que a lei consumerista dispõe que a oferta ao ser observada no contrato a ser celebrado deve observar “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”.⁵¹

Habermas⁵² ainda exemplifica que não é lícito ao indivíduo utilizar-se de expressões em sentidos diferentes daquele esperado, onde se pode vislumbrar ainda que a mensagem publicitária de modo algum possa induzir o consumidor a erro, o que, conforme apontado, era uma preocupação de Adorno no que tange as informações veiculadas pelos meios de comunicação, inclusive.

Deixa claro ainda Habermas que se espera, entre os falantes, sinceridade recíproca na medida em que apresenta mais duas regras de Alexy, sendo que na primeira apresenta que “A todo falante só é lícito afirmar aquilo em que ele próprio acredita” o que também em sede consumerista nos remete a oferta e publicidade, em especial a publicidade enganosa. Na segunda regra, se estabelece que no discurso só é possível atacar enunciado ou norma, alheios a discussão quando apresentada fundamentação.⁵³

O caso específico do Brasil denota que o Código de Defesa do Consumidor, embora seja uma Lei bastante avançada em seus dispositivos, apresenta um *déficit* de conhecimento no mundo da vida, de modo que é difícil imaginarmos consumidores-cidadãos, posto que direitos básicos destes, como o direito da informação e a educação acabam por serem distorcidos pela inteligência do mercado através do marketing e da publicidade em geral. Exemplo claro do que se apresenta se encontra na celebração do Dia do Consumidor no Brasil.

O dia mundial de defesa do consumidor tem sua origem em 1962, nos Estados Unidos da América, quando o presidente J. F Kennedy, em 15 de março, encaminhou mensagem ao Congresso norte americano reconhecendo direitos básicos dos consumidores.

Conforme Nunes⁵⁴, os direitos básicos e as garantias reconhecidas foram

⁵⁰ HABERMAS, 1989, p. 110.

⁵¹ BRASIL, 1990.

⁵² 1989, p. 110.

⁵³ HABERMAS, 1989, p. 111.

⁵⁴ NUNES, Rizzatto. *O Dia Mundial dos direitos do consumidor – momento para reflexão*, 2019, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI298172,51045-O+dia+mundial+dos+direitos+do+consumidor+momento+para+reflexao>> acesso em

13/6/2019.

- a) o do direito à segurança ou proteção contra a comercialização de produtos perigosos à saúde e à vida;
- b) o do direito à informação, incluindo os aspectos gerais da propaganda e o da obrigatoriedade do fornecimento de informações sobre os produtos e sua utilização;
- c) o do direito à opção, no combate aos monopólios e oligopólios e na defesa da concorrência e da competitividade como fatores favoráveis ao consumidor
- d) e o do direito a ser ouvido na elaboração das políticas públicas que sejam de seu interesse.

Segue o autor

O Dia Mundial dos Direitos do Consumidor foi instituído no dia 15 de março em homenagem ao presidente Kennedy; inicialmente foi comemorado em 15 de março de 1983; em 1985 a Assembleia Geral das Nações Unidas (ONU) adotou os Direitos do Consumidor como Diretrizes das Nações Unidas, o que lhe deu legitimidade e reconhecimento internacional.⁵⁵

Como se pode observar, o Dia Mundial dos Direitos do Consumidor repercute conquistas dos consumidores pertinentes a cidadania. No entanto, no Brasil, não se costuma comemorar tais conquistas e todas as demais obtidas ao longo dos anos, também não se utiliza a data como marco para a conscientização e esclarecimento dos consumidores. Tornou-se costumeiro no Brasil monetizar a data, incentivando-se ainda mais o consumo com campanhas de marketing onde se enaltece o consumo a partir de promoções em nome da celebração.

CONCLUSÕES

Há uma dissonância, uma tensão entre facticidade e validade no que diz respeito ao Código de Defesa do Consumidor e sua aplicação na *práxis*, o que pode ser constatado a partir da inobservância efetiva em relação a direitos básicos como o direito à educação e o direito à informação, posto que, conforme se verifica no país, pouco se faz no que diz respeito à disseminação das informações e a educação consumerista de forma mais ampla. Pouco se faz, também, no que diz respeito a campanhas que possam contribuir para a formação de um consumidor crítico e emancipado na sociedade de consumo.

O exemplo do Dia Mundial dos Direitos Consumidor e das campanhas publicitárias como impulsos capazes de conduzir os consumidores ao consumo

⁵⁵ NUNES, 2019.

desenfreado denotam a tensão entre a lei, o conceito de cidadania e a *práxis*. Há uma distorção a corroborar para que direitos básicos do consumidor, considerando a visão de Bauman, sejam esquecidos de modo a repercutir em lucros para aqueles que detêm os meios de produção.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Theodor W. *Educação e Emancipação*. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BAUMAN, Zygmunt. *Vida Para Consumo – A Transformação das Pessoas em Mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar. 2007.

BRASIL. *Lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078.htm> acesso em 13/6/2019.

CAVALIERI FILHO, SÉRGIO. *Programa de Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

GIDDENS, Anthony. *As Consequências da Modernidade*. São Paulo: Ed. Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. Notas Programáticas para Fundamentação de uma Ética do Discurso. In: *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HABERMAS, Jürgen. *Pensamento pós-Metafísico*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1990.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: Entre Facticidade e Validade*. Rio de Janeiro: Ed. Tempo Brasileiro, 1997.

KANT, Immanuel. Resposta Pergunta: que é o Esclarecimento?. In: *Immanuel Kant - Textos Seleto*s. Petrópolis: Ed. Vozes, 1985.

MIRAGEM, Bruno. *Direito do Consumidor*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

NUNES, Rizzatto. *O Dia Mundial dos direitos do consumidor – momento para reflexão*, 2019, disponível em <<https://www.migalhas.com.br/AB-CdoCDC/92,MI298172,51045->

O+dia+mundial+dos+direitos+do+consumidor+momento+para+reflexao>
acesso em 13/6/2019.

LEI ANTICORRUPÇÃO, TRANSPARENCIA E DEMOCRACIA

MATTOS, Simone Brilhante

Mestra em Ciências Jurídicas e Sociais –Universidade
Federal Fluminense - Rio de Janeiro - Brasil
Advocacia e Assessoria Jurídica em Gestão Tributária
jusfederal.brilhante@gmail.com

KALE, Tania Marcia

Doutora formada pelo Programa de Pós-Graduação
em Sociologia e Direito da UFF- Rio de Janeiro - Bra-
sil
tania.kale@estacio.com.br

HANSEN, Gilvan Luiz

Professor Doutor do Programa de Pós-Graduação em
Direitos, Instituições e Negócio - UFF- Rio de Janeiro
- Brasil
gilvanluizhansen@id.uff.br

RESUMO

O presente trabalho discute a Lei anticorrupção brasileira, resgatando o contexto histórico internacional a partir da qual ela surge. Abordam-se ainda os elementos imbricados na referida Lei: a exigência de ação coordenada das instituições públicas no combate à corrupção, a transparência institucional e a necessidade de participação social em bases democráticas e norteadas pela moralidade.

Palavras-chave: Lei anticorrupção. Transparência. Habermas. Democracia participativa. Política Deliberativa.

RESUMEN

El presente trabajo discute la Ley anticorrupción brasileña, rescatando el contexto histórico internacional a partir de la cual surge. Se abordan también los elementos imbricados en la referida Ley: la exigencia de acción coordinada de las instituciones públicas en el combate a la corrupción, la transparencia institucional y la necesidad de participación social en bases democráticas y orientadas por la moralidad.

Palabras clave: Ley anticorrupción. Transparência. Habermas. Democracia participativa. Política Deliberativa.

ABSTRACT

This paper discusses the Brazilian Anti-Corruption Law, rescuing the international historical context from which it arises. The elements imbricated in the aforementioned Law are also addressed: the demand for coordinated action by public institutions in the fight against corruption, institutional transparency and the need for social participation on democratic bases and guided by morality.

Keywords: Anti-corruption law. Transparency. Habermas. Participatory democracy. Deliberative Policy.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO; II. BREVE ASPECTO HISTÓRICO; III. A TRANSPARÊNCIA COMO CONECTORA DE AÇÕES CONJUNTAS; IV. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E TRANSPARÊNCIA; 4.1. A participação social sob o viés jurídico-administrativo; 4.2. A participação social sob o viés sociológico; CONCLUSÃO.

I. INTRODUÇÃO

O Brasil, ao longo dos últimos anos, vem firmando acordos internacionais para troca de informações bancárias e implementação ao acesso à informação objetivando, dentre outros interesses, aliança entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América. A razão inicial foi a necessidade de intercâmbio de informações relativa à evasão tributária internacional através de monitoramento de instituições financeiras nacionais e internacionais.

Ao analisar as legislações no ordenamento jurídico brasileiro, verificamos que o Brasil internalizou alguns procedimentos internacionais e instituiu algumas normas, como a Lei contra a economia popular (1.521/1951), a Lei de improbidade administrativa (8.429/1992), Lei de lavagem de dinheiro (9.613/98), e assimilou as exigências da Convenção da ONU, trazida na página da AGU, dentre outros procedimentos reguladores.

Nesse bojo surgiu também a chamada Lei anticorrupção brasileira (Lei 12.846/2013), baseada no modelo da Lei anticorrupção Norte Americana - FCPA (*Foreign Corrupt Practices Act*), de 1977, cuja implantação se destinou à criação de sanções cíveis, administrativas e penais no combate à corrupção comercial internacional.

Mas a lei anticorrupção brasileira segue com dificuldades de implementação, especialmente por dois fatores: 1) Em virtude da arguição de sua

constitucionalidade, via ADI 5.261, que questiona tanto a competência Constitucional da União no assunto quanto a questão da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas; 2) Na implementação e efetivação da aludida lei, através de problemas surgidos em face da ausência de atuação conjunta entre os órgãos competentes para a efetivação da fiscalização anticorrupção.

Neste contexto, a complexidade e insegurança se agravam com a ausência de procedimentos democráticos que deveriam refletir uma ação conjunta, transparente e deliberativa entre as instituições competentes.

A presente reflexão se volta para a discussão de aspectos atinentes à Lei anticorrupção brasileira, percorrendo primeiramente um itinerário de resgate histórico-contextual do surgimento da referida Lei, para na sequência abordar questões decorrentes e imbricadas na referida legislação, como a transparência, a participação popular e as exigências e desafios inerentes ao combate à corrupção no Brasil enquanto um Estado Democrático de Direito.

II. BREVE ASPECTO HISTÓRICO

O movimento internacional de combate à corrupção veio com a atuação de alguns organismos supranacionais na luta pela transparência fiscal. Isto ocorreu inicialmente com o Banco Mundial, acusado de conduta opaca na concessão de empréstimos aos países em desenvolvimento, principalmente em virtude dos efeitos negativos sobre o meio ambiente, o que ensejou mudanças na posição das instituições internacionais a partir dos anos 1990, na procura de maior transparência.⁵⁶

Ademais, por pressão de organizações não governamentais internacionais, o Banco Mundial adotou, em 1994, a política de abertura das informações (*information disclosure policy*), ao fito de colocar no domínio público os documentos antes considerados confidenciais e de incentivar a participação pública e o debate sobre o processo de desenvolvimento.

Mas, em 1996, a corrupção passou a ser tema de diversas convenções internacionais, onde se iniciaram processos de acordos de ações conjuntas. Decorrente desta conjuntura foi estabelecido um acordo global com o intuito de prevenção e combate à corrupção, a *Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção*, aprovada em 2003 pela Assembleia-Geral da ONU.⁵⁷

⁵⁶ ONUBR. *ONU no Brasil*. Disponível em: < <https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial>.> [10-02-2019]

⁵⁷ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 53/144*, de 8 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declaration-Portuguese>>[10-02-2019]

Por sua vez, o Fundo Monetário Internacional aprovou, em 16/4/1998, o “*Code of Good Practices on Fiscal Transparency – Declaration of Principles*”⁵⁸, o qual representou o modelo de transparência fiscal com mecanismos julgados apropriados para assegurar ao público e ao mercado internacional financeiro uma estrutura clara e eficaz das finanças do governo e de seus poderes, onde a política fiscal seja estabelecida de forma confiável.

Os aspectos históricos remetem a fatores que motivaram a execução, nas regulamentações e iniciativas internacionais anticorrupção. A questão principal, como já salientado, é a transparência de contas, recursos e bens públicos, movimento que se iniciou na Europa há décadas.

A ratificação de três Tratados Internacionais que preveem a cooperação internacional nessa área confirmam a preocupação na economia e na administração pública, pela adoção de iniciativas procedimentais contra a corrupção; são eles: a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos - OCDE; a Convenção Interamericana contra a Corrupção, da Organização dos Estados Americanos - OEA; e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003, assinada pelo Governo Brasileiro em 09 de dezembro de 2003.⁵⁹

Logo, vê-se que os movimentos de prevenção e regulamentação de procedimentos para coibirem as práticas ilícitas de corrupção surgiram diante de um contexto internacional que provocou relevantes mudanças na forma pela qual os Estados resguardavam o sigilo fiscal sobre as informações financeiras dos seus cidadãos; ademais, ampliaram-se os mecanismos de colaboração e de troca de informações entre os entes estatais que participam desse esforço comum de:

- a) intensificar a transparência nas operações econômicas praticadas pelos indivíduos em um ambiente global e de;
- b) diminuir gradualmente as alternativas que particulares dispõem para práticas evasivas, objetivando o não pagamento de tributos sobre ativos localizados fora do seu domicílio fiscal.

A origem destes monitoramentos também veio com a execução e observância Tributária Internacional e Implementação do FATCA- *Foreign Account Tax*

⁵⁸ *Global Corruption Barometer: Brazil*. 2013. Disponível em

<<https://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>> [03-03-2019]

⁵⁹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 53/144*, de 8 de março de 1999. Disponível em: <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declarationPortuguese/>>[03-03-2019]

Compliance Act, instituído por lei federal norte-americana, determinando a obrigatoriedade das instituições bancárias estrangeiras em fornecerem dados de seus correntistas.

Este acordo se deu devido à necessidade de informações conjuntas, estabelecendo-se medidas e procedimentos de controle para o domínio público. Isto ocorreu em virtude do comprometimento ao desenvolvimento econômico e financeiro, em face de evasão de divisas. Mas o combate à corrupção é, ou deveria ser, uma tarefa incessante e ininterrupta, no Brasil e no mundo.

Recentemente, uma tradução do *Manual de Direito Público na Europa-Fundamento*⁶⁰ descreve como se construiu no Reino Unido e nos demais países Europeus a regulamentação da transparência, e como é entendida desde a origem como sendo um princípio condutor das regras básicas e abstratas de responsabilidade, além de sua conexão com o *accountability*. Esta tendência passou a se concretizar naqueles países a partir de alguns anos após a segunda guerra mundial, inserindo-se como regras básicas e abstratas em seu direito consuetudinário, o princípio da prestação de conta; e que atualmente se encontra relacionado com a responsabilidade daqueles que respondem pela atividade da administração pública.

Neste contexto, o princípio da transparência (*transparency*) passou a ter a qualidade na Inglaterra de princípio de constitucionalidade material, haja vista sua utilização pela Suprema Corte Inglesa como regra básica e abstrata.

No Brasil, o princípio da transparência foi inserido na Constituição Federal de 1988, estando implícito no *caput do art. 37 da Constituição Federal*, e regulamentado na *LC 101/2000; lei 12.527/2011*, e também pela *lei 13.019/2014*, dentre outras regulamentações. Logo, percebe-se que houve preocupação no texto constitucional, ao estabelecer critérios de responsabilidades da administração pública, primando-se pela publicidade e moralidade do poder público. Assim, a análise da conexão da lei anticorrupção com o princípio da transparência é imprescindível, para se estabelecer mecanismos de confiança, responsabilidade, e ética das instituições públicas dos três poderes.

III. A TRANSPARÊNCIA COMO CONECTORA DE AÇÕES CONJUNTAS

⁶⁰SOMMERMAN, Karl-Peter. *Princípios do Direito Administrativo: visão geral*. 5. parte. Tradução: Marcos Antonio Bezerra Brito Disponível em: <https://www.academia.edu/33529251/PRINC%C3%8DPIOS_DO_DIREITO_ADMINISTRATIVO_-_Vis%C3%A3o_Geral-KARL-PETER_SOMMERMAN_MANUAL_DE_DIREITO_P%C3%9ABLICO_EUROPEU> [04-04-2019]

No ano de 2003, foi criada no Brasil a *Estratégica Nacional de Combate a Corrupção e à Lavagem de Dinheiro*, Ministério da Justiça-Secretaria Executiva da ENCCLA⁶¹, sob a coordenação do Ministério da Justiça, e com a articulação de mais de 70 órgãos dos três poderes governamentais e da sociedade civil, que se reúnem com o objetivo de identificar e propor ajustes aos pontos falhos do sistema anticorrupção, atuando preventivamente e repressivamente.

A iniciativa conjunta dos três poderes foi reconhecida pelas Nações Unidas como boa prática brasileira em face ao sucesso em instrumentalizar políticas de enfrentamento à corrupção, e contribui para uma boa avaliação internacional para o Brasil. O objetivo desta iniciativa foi o de garantir a coordenação de agentes governamentais e não governamentais para elaborar os planos de ações contra a corrupção.

Mas se o objetivo de se inserir normas e adotar ações políticas foi para propiciar condutas éticas dos poderes públicos para o combate à corrupção, necessário então se questionar se as Instituições brasileiras vêm adotando procedimentos que contribuam democraticamente para políticas deliberativas.

Neste sentido, Faria e Meneghetti,⁶² analisam as dificuldades na atuação conjunta das instituições públicas aqui destacadas e que é incumbida no combate a corrupção. Sabe-se que a estrutura burocrática nas esferas das instituições públicas geralmente reproduz a importância das especializações técnicas e de subordinação hierárquica, além da potencialização de segredos, conhecimentos e intenções, e que por vezes refletem a ausência de maior relação dialógica.

Recentemente, a Lei 13.506/2017⁶³ ampliou o aludido processo administrativo ao Banco Central, e à CVM (Comissão de Valores Mobiliários), além da atuação integrada com o grupo do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) e aprovação das normas para o acordo de leniência, com instituições financeiras, pessoas físicas e jurídicas.

Neste ambiente, salientamos que a aludida lei estabelece a necessária atuação conjunta entre: AGU, TCU, MPF e CGU, dentre outros órgãos. Entretanto, indaga-se se na prática existe sincronia nos processos de deliberações e atuações, haja vista que cada órgão público possui suas normas internas e estrutura burocrática específica, prevalecendo as características internas do sigilo.

⁶¹ <http://enccla.camara.leg.br/quem-somos>

⁶² FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. RA- *Revista de Administração de Empresas*, n. 51, v. 5, 2011. Disponível em: <<http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-51-num-5-ano-2011-nid-46741>> [10-03-2019]

⁶³ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13506.htm

A ausência de ações deliberativas pode gerar desconfiças e inseguranças já que inexistem interlocutores nas várias etapas do procedimento administrativo. E isso poderá propiciar na esfera privada maior incerteza e temor em pactuar acordo de leniência, pois, dependendo do tipo de infração cometida se torna necessário aceitar o jogo de negociar com mais de uma instituição competente para apurar o ilícito.

Podemos retratar os seguintes casos: a) empresa, participante de acordo, e que atuou na atividade de ‘cartel’ (crime contra ordem econômica), pode procurar o CADE para um acordo de leniência; mas nada impedirá que também sofra outras sanções, se também tiver fraudado licitações ou superfaturado preços, podendo também responder ao TCU e à CGU. b) Outro caso prático foi a do processo da Lava Jato, em que as empreiteiras Odebrecht, Camargo Corrêa e Andrade Gutierrez fizeram acordo de leniência com os procuradores, aceitando pagar cerca de R\$5,5 bilhões em multas e reparações. Entretanto, em março de 2017, essas mesmas empresas também foram condenadas pelo TCU por fraude à licitação e superfaturamento na construção da usina Angra Rio. Portanto, terão que renegociar seus acordos com o MPF prevendo pagamento integral por danos causados.

Em que pese à competência legal das instituições que atuam na efetivação da referida lei para declarar “inidôneas” algumas empresas, além da fiscalização, o que se indaga é se existe ação coordenada, com transparência interna aos envolvidos nos acordos regulamentados pela lei anticorrupção. O que, pois, dificulta a atuação conjunta de órgãos dos três poderes, TCU, CGU, CADE, CVM, MPF⁶⁴

Como já destacado nos aspectos históricos, desde o final do século XX a preocupação internacional nos procedimentos de transparência das instituições públicas e privadas e o combate à corrupção foram alvos de acordos internacionais, com a participação da Comunidade Europeia, Estados Unidos, Japão e outros países.

No Brasil, as práticas ilícitas resultam em perdas enormes de valores pagos pelos cidadãos brasileiros. Estimativas indicam que cerca de US\$ 1,8 trilhão são anualmente desviados por práticas de corrupção, evasão fiscal e crime organizado.⁶⁵ Com o aumento da corrupção também se tem cada vez mais aumento de descrença e desconfiança entre as instituições políticas da sociedade, além da

⁶⁴ WIZIACK, Julio; TUROLLO JR.,Reinaldo. Governo quer balcão único para negociar acordos de leniência.*Folha de São Paulo*.30/07/2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1905533-governo-busca-balcao-unico-para-negociar-com-empresas-sob-suspeita.shtml>>

⁶⁵ *Transparência Internacional*, 2010.

evasão de divisas para os paraísos fiscais; isso ocasiona aumento da instabilidade na atividade financeira, econômica e política do país.

Hoje não mais questionamos se estamos vivenciando uma crise ética e moral, pois a corrupção se encontra enraizada internacionalmente em vários segmentos da sociedade, refletindo tanto na esfera pública quanto na privada. Somente com transparência e num ambiente efetivamente democrático de participação social é que se podem ultrapassar as barreiras hoje postas à integração das instituições públicas no combate à corrupção.

IV. DEMOCRACIA PARTICIPATIVA E TRANSPARÊNCIA

As pesquisas sobre o princípio da transparência mostram que quanto maior for à conduta das instituições pública nos procedimentos responsáveis e ético, mais a realização da democracia nas instituições públicas.

Portanto, quanto maior a transparência, melhor o controle democrático em face da corrupção em todo mundo.⁶⁶ Podem-se denominar três dimensões da transparência: o *accountability*; o controle social; e o princípio ético e moral.

Por sua vez, a análise das conexões destes elementos é relevante não só para delimitar seu alcance jurídico e sociológico, mas também na medida em questão considerados como atributos da concretização da Democracia.

O *Accountability* é um termo de origem inglesa, que se direciona inicialmente a prestação de contas e fiscalização de valores, mas que vem sendo construído e interpretado em vários campos de estudo. No caso das ciências sociais o termo vem se destacando em estudos atuais, não só de administração financeira, como também da administração pública. Assim, insere-se na concepção da democracia participativa, haja vista a possibilidade de os cidadãos exercerem de alguma forma, controle social sobre as ações do poder público e, neste sentido, *accountability* vem sendo traduzido para o português como “responsabilidade como ética pública”.

Na arena do poder público, o cidadão possui direitos no processo democrático, não só por meio do voto, mas também participando diretamente na gestão econômica e financeira das instituições públicas, o que se realiza através do princípio da soberania popular. Diante disso, é preciso criar dispositivos que levem os detentores do poder a prestar contas aos que lhes delegaram esse poder. Conforme

⁶⁶TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da transparência no Direito Financeiro*. Disponível em: <file:///C:/Users/Dell/Downloads/05102001ricardolobooprincipio.pdf> [13-4-2015], p.25.

exposto por O'Donnell ⁶⁷ existe três tipos de *accountability* quanto à delimitação de seus objetos, sujeitos e procedimentos:

1. *Accountability* vertical ou político - refere-se ao exercício da participação do cidadão nos parâmetros do direito de seu poder político, votar e eleger quem vai representá-lo. Logo, os principais mecanismos e instrumentos são os institucionais, com o cidadão e a sociedade civil adquirindo a possibilidade de exigir a prestação de contas das instituições pública, através de procedimentos indiretos;
2. *Accountability* horizontal ou administrativo - aquele em que o Estado exerce mecanismos institucionais de controle e fiscalização mútua, além da interação entre os entes dos três poderes. É exercido por meio de uma rede de inteligência institucional das agências públicas que possam estabelecer atuação preventiva, como as auditorias, as controladorias e os conselhos que buscam supervisionar, prevenir, delatar e promover sanções ilegais advindas do poder público;
3. *Accountability* social - concretizado com ações individuais e coletivas da sociedade, com a participação de diversas entidades sociais como associações, sindicatos, ONGs, mídia, enfim, toda a sociedade civil, para investigar e denunciar abusos cometidos, além de cobrar a responsabilização, utilizando ferramentas institucionais e não institucionais, não havendo mandado legal e aplicação de sanções. O *accountability* social vem sendo representado por associações e movimentos sociais com referência a um conjunto diverso de ações e iniciativas civis guiadas por demandas legais, como ações coletivas e de ativismo cívico.

Apesar das estruturas institucionais burocráticas no Brasil ainda se encontrarem vinculadas à cultura do oculto gerada pelos mecanismos burocráticos, e que dificultam informações e maior transparência do sistema da administração pública; necessário que mecanismos sejam implantados para maior visibilidade das entidades públicas que administram o bem público.

Entendemos que só através de procedimentos para o fortalecimento da transparência possamos efetivar alguns princípios fundamentais recepcionados na

⁶⁷O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas políticas*.1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf> >[02-04-2019]

Constituição de 1988. Nesta diretriz, os princípios administrativos limitadores e reguladores da atividade da gestão pública, carregam valores de responsabilidade em face ao dinheiro público.

Para o controle jurídico e político dos órgãos estatais e de seus agentes, é condição essencial a identificabilidade de responsabilidades. A pergunta a respeito do operador responsável da Administração, especialmente a autoridade responsável, precisa ser respondida tanto pela utilização da proteção jurídica primária quanto pela busca de proteção jurídica secundária. O pensamento fundamental da responsabilidade do operador, especialmente do órgão administrativo, é imanente em todas as ordens jurídicas europeias. Reconhecidamente as acentuações são diferentemente estabelecidas. Enquanto na Inglaterra “*accountability*” é discutida primariamente alinhada a estruturas e procedimentos de responsabilidade.⁶⁸

Nesta circunstância, a relação estabelecida entre esfera privada e administração pública propicia diante dos aspectos do *accountability* um controle específico quando se trata de “dinheiro público”.

4.1. A participação social sob o viés jurídico-administrativo

A Lei Geral das Parcerias (13.019/2014)⁶⁹ reforça as dimensões da transparência, como o seu artigo 5º, que estabelece como fundamentos de princípios da gestão pública democrática, dentre eles a moral, a participação da sociedade civil, e a legalidade.

Desejou o legislador constituinte através do direito substancial que algumas formas de controle do cidadão fossem exercidas, como se verifica nos direitos e garantias fundamentais, nos direitos individuais e coletivos; além da participação coletiva de associações, entidades de classe, partidos políticos e sindicatos. A Carta Magna de 1988 buscou com a participação social consolidar o Estado Democrático de Direito, utilizando alguns procedimentos deliberativos em face de administração pública; conforme aborda Di Pietro⁷⁰ ao explicar sobre os controles existentes no ordenamento jurídico brasileiro:

O exame da Constituição de 1988 revela que todas as tendências apontadas com relação ao controle estão presentes no direito brasileiro:

⁶⁸ SOMMERMAN, Karl-Peter. *Princípios do Direito Administrativo: visão geral*. 5. parte. Tradução: Marcos Antonio Bezerra Brito Disponível em: <https://www.academia.edu/33529251/PRINC%C3%8DPIOS_DO_DIREITO_ADMINISTRATIVO_-_Vis%C3%A3o_Geral-KARL-PETER_SOMMERMAN_MANUAL_DE_DIREITO_P%C3%9ABLICO_EUROPEU> [04-04-2019]

⁶⁹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/113019.htm

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 79.

- a) No título dos direitos e garantias fundamentais incluem-se não só os direitos individuais, como também os direitos coletivos.
- b) No mesmo título, amplia-se a atuação coletiva de associações, entidades de classe, partidos políticos, sindicatos, dando-lhes legitimidade para agir (inclusive judicialmente) na defesa de interesses coletivos e difusos.
- c) Acrescentam-se instrumentos que permitem maior controle do cidadão sobre a Administração Pública, como a previsão do direito à informação (art. 5º, XXXIII); do direito de denunciar irregularidades perante o Tribunal de Contas (art. 74, §2º); do direito de participar da gestão da seguridade social (art. 194, parágrafo único, VII); busca-se a transparência da Administração, com a exigência de motivação dos atos administrativos, amplamente reconhecida pela doutrina e jurisprudência; isto para mencionar apenas alguns instrumentos de participação popular no controle da Administração.
- d) Imprime-se à lei um conteúdo material, com a previsão de princípios e valores, como os da segurança, bem estar, desenvolvimento, igualdade, justiça (preâmbulo), da cidadania e dignidade da pessoa humana (art. 1º); da erradicação da pobreza e da marginalização, bem como redução das desigualdades sociais e regionais (art. 3º); da moralidade (arts. 5º, 37, *caput*, 85, inciso V); da economicidade (art. 70); com isso, passou-se a entender que uma lei ou ato administrativo são evados de inconstitucionalidade, não só quando ferem comandos contidos em dispositivos constitucionais, como também quando ofendem princípios e valores contidos, expressa ou implicitamente no texto constitucional.
- e) Embora sem criar figura como a do *Ombudsman*, aproxima-se o administrador da Administração ao dar atribuições de recebimento de denúncias, queixas, representações, ao Tribunal de Contas (art. 74, §2º) e às Comissões Parlamentares (art. 58, IV) e, principalmente, ao conferir ao Ministério Público as atribuições previstas nos artigos 127 e 129. Para muitos, o Ministério Público assumiu o papel de *Ombudsman* com poderes até mais amplos, de que este não dispõe, já que pode tomar iniciativas para realização do inquérito civil e proposição de ações judiciais na defesa de interesses difusos e coletivos.

Evidencia-se do acima destacado que o controle social conectado ao acesso a informação e fiscalização pode ser exercido pela sociedade civil, propiciando acompanhamento da gestão financeira e orçamentária dos bens públicos, onde as normas regulamentadoras para esta participação popular se encontram com previsão na Lei 12.846/2013 (anticorrupção)⁷¹, LC nº 101 (Lei da responsabilidade fiscal), Lei 12.527/2011 (Transparência), dentre outras do ordenamento jurídico brasileiro.

⁷¹ http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm

O controle na administração pública está conectado a visibilidade e a transparência pública dos três poderes. De acordo com *Medauar*,⁷² existem controles institucionalizados e controles não institucionalizados, com a seguinte definição:

Os controles institucionalizados enquadram-se no conceito jurídico ou técnico de controle, segundo o qual dessa atuação decorre uma providência ou medida do agente controlador. Mas a avaliação dos diversos controles institucionais do Brasil revela insuficiência e inefetividades. Daí ser necessário o aprimoramento das técnicas e atividades fiscalizadoras e também avaliadoras, do que decorrerá, certamente, melhor desempenho da Administração.⁷³

Adiante, a mesma autora assim continua sua digressão sobre controle social e controles não institucionalizados:

[...] controles sociais ou controles não institucionalizados, tais como as manifestações de entidades da sociedade civil, as manifestações de partidos políticos, os abaixo-assinados, as passeatas, a imprensa falada, escrita e televisiva, as cartas à imprensa, embora tais atuações não culminem em medidas por si próprias, podem contribuir, pela repercussão, para o aprimoramento da Administração. Tais manifestações deveriam, sobretudo, exigir atuações mais efetivas dos entes institucionais de controle. A descrença generalizada a respeito dos mecanismos de controle sobre a Administração, que levaria ao imobilismo ou niilismo, deve ser substituída justamente por mais estudos e debates sobre o tema, na busca de maior efetividade dos controles, inclusive com a criação de novos mecanismos ou a melhoria dos atuais.⁷⁴

A contribuição doutrinária da autora sobre o princípio da participação popular ou social na gestão e controle da administração pública corrobora com o presente estudo sobre o controle social e sua conexão com a transparência, pois, ambos são atributos da democracia. A autora salienta que esta participação do cidadão se destaca também na ação do mandado de injunção, instituído para suprir a omissão do poder público, art. 5º LXXI; da ação popular, na defesa do interesse coletivo, art. 5º LXXIII; na denúncia ao tribunal de contas; na participação dos concernidos disposto na Lei nº 9.784/1999, arts. 31 e 32, audiência pública, consultoria pública e participação nos atos administrativos.

4.2. A participação social sob o viés sociológico

⁷² MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 442.

⁷³ Idem, p. 442.

⁷⁴ Idem, p. 442

Mas não poderíamos pensar em responsabilidade e acesso a informações, sem pensarmos no conceito de controle social através da Sociologia. Este termo foi utilizado genericamente pelos sociólogos norte-americanos. Em sua obra *Tratado de Sociologia*, Siches⁷⁵ designa o conjunto de todas as normas coletivas assim como as das autoridades instituídas, como também os poderes sociais que, em diferentes níveis e de diversas maneiras, regulam a conduta do homem. Neste conceito se inserem as realidades sociais muito diferentes entre si, mas que pretendem estabelecer normas para a conduta humana exterior, e em grande parte dirigi-las efetivamente.

Dentro desse conceito podemos considerar os seguintes exemplos: usos, costumes, convencionalismos, convicções éticas, normas jurídicas, governos, legisladores, agentes executivos, juízes, sindicatos, associações e o olhar vigilante de membros conhecidos de um grupo, entre outros que exercem este controle. Neste segmento, o controle social é o conjunto de meios sociais ou com repercussões sociais, capaz de ordenar e regular o comportamento humano exterior em seus diversos aspectos.

Ainda na explanação de Siches⁷⁶ sobre meios e formas de controle social, com a possibilidade de verificar a existência de inúmeros mecanismos de controle social, destacamos alguns tipos, que seguem adiante:

- o Direito é forma de intimidação justificada, legítima, pois define especificamente as normas jurídicas, por meio da coerção exercida como mecanismo de imposição e força;
- os métodos de fraudes ou mentiras são sempre utilizados por aqueles que desejam conseguir aceitação por parte de outras pessoas. Trata-se de procedimentos encontrados em múltiplos campos, seja no político, no empresarial, nos meios de comunicação e em outros. Este é o controle sobre as massas que geralmente utiliza-se de artimanhas claramente fraudulentas;
- o poder econômico de gestão e distribuição da riqueza e da pobreza, porque tem o poder de realizar ou favorecer esses mecanismos que é grande meio de controle social;
- a ação de autoridades, que pratica o múnus público, baseada em preceitos considerados legítimos do ponto de vista racional,

⁷⁵ SICHES, Recásens. *Tratado de Sociologia*. Tradução: João Batista Coelho Aguiar. Porto Alegre: Globo, 1968. p.265.

⁷⁶ Idem, p.265.

tendo como validade a legalidade de normas. Tipos de controle realizado por autoridades jurídicas.

Nesse enquadramento, temos na obra de Habermas:

Em tal medida, o processo político serve apenas ao controle da ação estatal por meio dos cidadãos que, ao exercerem seus direitos e as liberdades que antecedem a própria política, tratam de adquirir uma autonomia já preexistente. O processo político tampouco desempenha uma função mediadora entre Estado e sociedade, já que o poder estatal democrático não é em hipótese alguma uma força originária. A força origina-se, isso sim, do poder gerado comunicativamente em meio à práxis de autodeterminação dos cidadãos do Estado e legitima-se pelo fato de defender essa mesma práxis através da instituição da liberdade pública. A justificação existencial do Estado não reside primeiramente na defesa dos mesmos direitos, mas sim na garantia de um processo inclusivo de formação da opinião e da vontade, em que cidadãos livres e iguais chegam ao acordo mútuo quanto a quais devem ser os objetivos e normas que correspondam ao interesse comum.⁷⁷

Habermas está preocupado com ações intersubjetivas, onde se faz necessário um entendimento ético baseado em consenso e escolhas para tomada de decisões dos interessados.

Portanto, o controle social torna-se imprescindível também como instrumento para o desvendamento de práticas ilícitas, tanto na arena pública, quanto na privada; pois o princípio da transparência se encontra conectado com aquele controle, viabilizando procedimentos de participação do cidadão, elemento legitimador da democracia e de uma concepção de política deliberativa.

A política deliberativa obtém sua força legitimadora da estrutura discursiva de uma formação da opinião e da vontade, a qual preenche sua função social e integradora graças à expectativa de uma qualidade racional de seus resultados. Por isso, o nível discursivo do debate público constitui a variável mais importante. Ela não pode desaparecer na caixa preta de uma operacionalização que se satisfaz com indicadores amplos.⁷⁸

Para Habermas, uma política deliberativa não apenas necessita de uma cidadania capaz de agir coletivamente, mas sim de institucionalização de processos comunicativos, como também o jogo de deliberações institucionalizadas, e opinião

⁷⁷ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro: estudos de teoria política*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola. 2002. p.272.

⁷⁸ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. V.2. p.28.

pública constituída informalmente. A construção do discurso é um mecanismo de expressão da intersubjetividade, pois os concernidos se encontram em processos de entendimento, sendo esta a razão comunicativa.

Assim, as instituições de um Estado Democrático de Direito, tanto no contexto internacional quanto no nacional, devem ser pautadas na participação mais efetiva do cidadão, tendo em conta as diversidades existentes nas sociedades modernas, cada vez mais complexas, plurais e desiguais. Isso para evitar que as estruturas da administração pública sejam utilizadas em prol de interesses da minoria que busca monopolizar o poder econômico, acarretando cada vez mais corrupção e desvio de conduta, numa estrutura que reflete a preponderância de interesses próprios.

CONCLUSÃO

Considerando os aspectos históricos analisados neste estudo, apontamos para o fato de que a corrupção é fenômeno internacional, que desde a década de 1990 vem recebendo combate sistemático das nações pelo mundo afora. Em razão deste fenômeno do avanço da corrupção, há um incremento de expropriação dos recursos públicos por pessoas ou instituições, fator que contribui para o aumento da pobreza e da desigualdade, para a incrementação do financiamento ao narcotráfico e ao terrorismo, para a evasão de divisas, além de causar impacto negativo nas relações comerciais.

Com a priorização do combate à corrupção na agenda internacional e com a certeza de que sociedades justas e democráticas não podem desenvolver-se com o avanço dessa prática, diversos acordos multilaterais passaram a ser celebrados, e o Brasil passou a participar dos mesmos.

Mas com a aprovação internacional do *Code of Good Practices on Fiscal Transparency – Declaration of Principles*, adotou-se um conjunto de princípios e práticas na ajuda às estruturas governamentais no acesso a visibilidade clara, responsável, ética e moral, objetivando se contrapor à corrupção, notadamente uma atividade complexa e que se beneficia da opacidade e da inacessibilidade às informações.

Conforme vimos, a lei anticorrupção brasileira incorporou estes princípios e práticas instituídos internacionalmente de transparência, ética e moralidade. Neste sentido, estamos caminhando no combate à corrupção, mesmo com alguns obstáculos enfrentados quanto aos procedimentos e concretização da aludida lei. Apontamos na discussão que dificuldades surgem desde a implementação da lei e

isto é verificado pelos entraves internos das instituições competentes para efetivar procedimentos preventivos e repressivos à corrupção.

Procuramos realizar a crítica da ausência de ação conjunta entre os órgãos que atuam tanto nos processos Administrativos de Responsabilidade (PAR) previsto na lei anticorrupção quanto nos acordos de leniência. Chamamos a atenção, na reflexão, sobre as estruturas administrativas dos poderes públicos e a imensa dificuldade na adoção de mecanismos dialógicos para propiciar melhor entendimento e confiança entre as instituições públicas.

Sinalizamos ainda que a superação desses entraves poderá ocorrer através de ações comunicativas entre órgãos públicos e sociedade, incrementando a prática participativa dos cidadãos com o entrelaçamento dos mecanismos de responsabilidade, moralidade e participação popular. Ademais, salientamos que tais elementos se encontram no princípio da transparência, cuja observância e cumprimento são decisivos à consolidação da democracia.

Finalmente, frisamos que os itens acima esboçados possuem melhores possibilidades de efetivação se ancorados teórica e praticamente em numa política deliberativa que viabilize mecanismos comunicacionais ético-discursivos nas instituições da sociedade civil, sendo um caminho para a recuperação e superação da ausência da responsabilidade, da participação do cidadão e de resgate da moralidade nas instituições sociais, no horizonte de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Lei nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013-. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, D.F. de 02 ago.2013, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htmAcesso em: 30 abr. 2018.

BRASIL. Ministério da Transparência e Controladoria Geral da União. *Atuação com MPF na Lei Anticorrupção é “desafio”, diz CGU*. <http://www.cgu.gov.br/sobre/institucional/galeria-de-ministros/entrevistas/atuacao-com-mpf-na-lei-anticorrupcao-e-201cdesafio201d-diz-cgu-> CGU acesso em 23 de julho de 2018.

NEM o governo se entende sobre alcance de acordos de leniência. CGU diz que ação bilionária da AGU pode levar empreiteiras à falência. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/brasil/nem-governo-se-entende-sobre-alcance-de-acordos-de-leniencia-21292253>> Acesso em: 30 abr. 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015.

FORTINI, Cristiana (Coord.). *CORRUPÇÃO* - e seus múltiplos enfoques jurídicos. Belo Horizonte, Fórum Conhecimento Jurídico, 2018, 123/126.

Global Corruption Barometer: Brazil. 2013. Disponível em: <<https://www.transparency.org/gcb2013/country/?country=brazil>>. Acesso em: 9 jan. 2017.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia*. Tradução de Flávio Breno Siebenichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2011. v. 2.

HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do outro*. Tradução de George Sperber e Paulo Astor Soethe, Ed. Loyola, ano 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência Moral e Agir Comunicativo*. Tradução: Guido Antônio de Almeida, ano 1989.

HABERMAS, Jürgen. *A constelação pós-nacional* – Ensaio Político. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. Editora Littera Mundi, 2001.

INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Fiscal Transparency*. Disponível em: <https://www.imf.org/external/np/fad/trans/> Acesso em: 4 set, 2018.

O'DONNELL, Guilherme. *Accountability horizontal e novas políticas*. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n44/a03n44.pdf>> Acesso em: 20 set. 2016.

FARIA, José Henrique de; MENEGHETTI, Francis Kanashiro. Burocracia como organização, poder e controle. RA- *Revista de Administração de Empresas*, n. 51, v. 5, 2011. <http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-51-num-5-ano-2011-nid-46741/>. Acesso em 05/03/2019.

ONUBR. *ONU no Brasil*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/bancomundial/>>, Acesso em 29 jul. 2018.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Resolução nº 53/144*, de 8 de março de 1999. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Defenders/Declaration/declarationPortuguese/>>. Acesso em: 17 set. 2016.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 442

SOMMERMANN, Karl-Peter. *Princípios do Direito Administrativo: visão geral*. 5. parte. Tradução: Marcos Antonio Bezerra Brito Disponível em: <https://www.academia.edu/33529251/PRINC%C3%8DPIOS_DO_DIREITO_ADMINISTRATIVO_-_Vis%C3%A3o_Geral-KARL-PETER_SOMMERMANN_MANUAL_DE_DIREITO_P%C3%9ABLICO_E_UROPEU.doc>. [23-5- 2017]

TORRES, Ricardo Lobo. *O princípio da transparência no Direito Financeiro*. Disponível em: < <file:///C:/Users/Dell/Downloads/05102001ricardolobooprincipio.pdf>> [13-04-2015], p p.2-5.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Relatório anual 2010*. Disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/76/303/file/2010_AnnualReport_EN.pdf>. Acesso em: 7jan. 2015.

WIZIACK, Julio; TUROLLO JR. Reinaldo. Governo quer balcão único para negociar acordos de leniência. *Folha de São Paulo*.30/07/2017. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1905533-governo-busca-balcao-unico-para-negociar-com-empresas-sob-suspeita.shtml>> Acesso em: 30 abr. 2018.

<https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1905533-governo-busca-balcao-unico-para-negociar-com-empresas-sob-suspeita.shtml>, acesso em 21 de julho de 2018.

<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2017/07/1905533-governo-busca-balcao-unico-para-negociar-com-empresas-sob-suspeita.shtml>, AUTOR: Julio Wizlack; Reynaldo Turollo Jr; 09 de setembro de 2018.

PIMENTA, Guilherme. Empresa não pode sair de leniência pior do que entrou, diz Amanda Athayde. Disponível em: <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/mercado/empresa-leniencia-entrou-amanda-athayde-21062018>> Acesso em 04 out 2018.

Lei 12.846/2013, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm, acesso em 21 de março de 2019.

ESTUDANTES INDÍGENAS NA UNIVERSIDADE: breve relato da política pública de acesso e permanência no Estado do Paraná

COSTA, Déborah Cristina Oliveira

Mestranda em Políticas Públicas, Universidade Estadual de Maringá, Maringá, Paraná, Brasil, Professora Auxiliar da Universidade Estadual do Paraná, Apucarana, Paraná, Brasil, deborah.oliveira@unespar.edu.br

RODRIGUES, Isabel Cristina

Doutora em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Professora Adjunta da Universidade Estadual de Maringá, icrodri-gues@uem.br

RESUMO

As Políticas Públicas (PP) são consideradas como marco para a governabilidade e o desenvolvimento da população e do Estado. Com elas é possível a promoção do desenvolvimento pessoal e profissional de diversos níveis da sociedade e, a partir disso, da própria sociedade em si. Este artigo tem por pretensão relatar brevemente a política pública de acesso e permanência de indígenas no ensino superior no estado do Paraná, na busca da compreensão da assistência estudantil para tal público que tem sido cada vez mais presente nesse ambiente.

Palavras-chave: Políticas Públicas. Desenvolvimento. Sociedade. Acesso e Permanência. Indígenas.

RESÚMEN

Las Políticas Públicas (PP) son consideradas como marco para la gobernabilidad y el desarrollo de la población y del Estado. Con ellas es posible la promoción del desarrollo personal y profesional de diversos niveles de la sociedad y, a partir de eso, de la propia sociedad en sí. Este artículo tiene por pretensión relatar brevemente la política pública de acceso y permanencia de indígenas en la enseñanza superior en el estado del Paraná, en la búsqueda de la comprensión de la asistencia estudiantil para ese público que ha sido cada vez más presente en ese ambiente.

Palabras clave: Políticas Públicas. Desarrollo. La sociedad. Acceso y permanencia. Indígena.

ABSTRACT

Public Policies (PP) are considered as a landmark for the governance and development of the population and the State. With them, it is possible to promote personal and professional development at different levels of society and, hence, society itself. This article is intended to briefly report the public policy of access and permanence of indigenous people in higher education in the state of Paraná, in the search for understanding of student assistance to this public that has been increasingly present in this environment.

Keywords: Public policies, Development; Access and permanence; Indigenous people.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO 1. O Ensino Superior e a Assistência Estudantil; 1.1 Assistência estudantil. 2. Estudantes Indígenas no Ensino Superior no Estado do Paraná. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

I. INTRODUÇÃO

As Políticas Públicas (PP) são consideradas como marco para a governabilidade e o desenvolvimento da população e do Estado. Com elas é possível a promoção do desenvolvimento pessoal e profissional de diversos níveis da sociedade e, a partir disso, da própria sociedade em si.

Cabe, porém, colocar que a esfera pública pressupõe que todos têm a mesma chance de participar e compartilhar um comprometimento aos princípios do discurso racional⁷⁹. Para tanto, as ações de PP são direcionadas de acordo com a necessidade da população. Após longos estudos e observações, são definidas pelo poder público, Municipal, Estadual ou Federal, e objetivam atender as necessidades cidadãs, cumprindo com as determinações das legislações vigentes sobre o tema.

O presente estudo, ainda em andamento, busca compreender a assistência estudantil num contexto geral e observar as ações afirmativas em relação ao indígena, em especial do Estado do Paraná, uma vez que a sua presença tem sido cada vez mais constante nos bancos acadêmicos.

⁷⁹ HABERMAS, J. *Mudança Estrutural da Esfera Pública*. São Paulo: Editora Unesp, 2014, 398p.

1. O Ensino Superior e a Assistência Estudantil

O Ensino Superior tem como objetivo formar profissionais aptos a exercer suas profissões com competência e eficiência, proporcionando, assim, o desenvolvimento das pessoas, da organização e do Estado como um todo. Sendo a educação direito fundamental, universal, inalienável e instrumento de formação cidadã, a universidade se faz espaço democrático e que possibilita a promoção de valores, tolerância e respeito à diferenças e convivência política, cultural e social.

Com o aumento de oportunidades no ingresso no nível superior, a questão da permanência se tornou tema bastante relevante já que a democratização do ensino superior se torna primordial não apenas para ações de acesso, como também para os mecanismos de permanência, a fim de reduzir os efeitos das desigualdades existentes entre os estudantes⁸⁰.

À medida que as IES recebem diferentes grupos pertencentes a diferentes segmentos sociais, antes nunca contemplados com políticas de acesso, a ação se faz pela promoção de condições favoráveis para permanência, tais como acolhimento, que envolvem alimentação, transporte, moradia, atendimentos de saúde (física e mental/psicológica), lazer, esporte, cultura e inclusão digital e apoio acadêmico que contemple ações de acompanhamento didático-pedagógico.

O aumento de oportunidades de ingresso no nível superior, que anteriormente era apenas através de concurso vestibular organizado por cada Instituição, instituiu nova forma de acesso pelo Sistema de Seleção Unificada (SISU) que é o “sistema informatizado do Ministério da Educação por meio do qual as instituições públicas de ensino superior oferecem vagas a candidatos participantes do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM)”⁸¹. O ENEM consiste de uma prova realizada pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP) e que foi criado em 1998 com o objetivo de avaliar a qualidade do ensino médio no país.

O SISU possibilita uma maior facilidade de acesso às vagas disponibilizadas pelas IES públicas. As formas de seleção para esse ingresso são: ampla concorrência (50% das vagas) e reserva de vagas (50%). A reserva de vagas está

80 VASCONCELOS, N.B. “Programa nacional de Assistência Estudantil: uma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil”. Revista Católica, v. 2, n. 3, Uberlândia, 2010, pp. 399-411. Disponível em <file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf>. [10-08-2018].

81 SISU – Sistema de Seleção unificada. Disponível em <<http://sisu.mec.gov.br/tire-suas-duvidas>>. [22-04-2019].

indicada na Lei de Cotas – a Lei nº 12.711/2012. Nela estão indicadas as reservas da seguinte forma:

Ar-tigo	Indicação	Observação
Art. 1º	50% do total de vagas em IES Federais para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.	Destas, 50% reservadas para estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) per capita.
Art. 3º	Destinadas a autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação, em proporção ao total de vagas no mínimo igual à proporção respectiva de pretos, pardos, indígenas e pessoas com deficiência na população da unidade da Federação onde está instalada a instituição, segundo o último censo da Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE.	As vagas remanescentes deverão ser completadas por estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Quadro 1: Destinação de vagas para entrada pelo SISU

Porém, apesar da entrada de estudantes no ensino superior ter ficado mais facilitada para candidatos menos favorecidos, seja financeira ou culturalmente, a questão da permanência se tornou tema bastante relevante tornando a democratização do ensino superior também para os mecanismos de permanência, a fim de reduzir os efeitos das desigualdades existentes entre os estudantes⁸². Assim a Assistência Estudantil vem a ser ofertada pelas Instituições de Ensino Superior com o objetivo de levar aos estudantes ações voltadas para lhes possibilitar a permanência na universidade e a conclusão do curso.

82 VASCONCELOS, N.B. “Programa nacional de Assistência Estudantil: uma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil”. Revista Católica, v. 2, n. 3, Uberlândia, 2010, pp. 399-411. Disponível em <file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf>. [10-08-2018]

Assim a assistência estudantil vem a ser ofertada pelas Instituições de Ensino Superior (IES) com o objetivo de levar aos estudantes ações voltadas para lhes possibilitar a permanência na universidade, uma vez que esta é espaço para formação pessoal, profissional e cidadã.

Portanto, é necessário o entendimento do que é assistência estudantil (AE), como ela funciona e a que propósito deve trabalhar, devendo transitar pelas várias áreas dos direitos humanos⁸³, sendo que tal entendimento permite às IES uma tomada de decisão mais bem acertada em relação às políticas e acesso e, em especial, de permanência de seus acadêmicos. Para que esta aconteça a universidade deve proporcionar aos estudantes com maiores necessidades de auxílio, seja financeiro, físico ou de saúde, condições para que seu aprendizado seja tão satisfatório quanto o de estudantes que têm o privilégio de vir de camadas mais abastadas da sociedade.

1.1 Assistência Estudantil

A Assistência Estudantil (AE) consiste em um programa de política pública que “tem como finalidade prover os recursos necessários para transposição dos obstáculos e superação dos impedimentos ao bom desempenho acadêmico⁸⁴. Além da exigência legal, instituída pelo Decreto nº 7.234 de 19 de julho de 2010, verifica-se a clara necessidade, por parte dos estudantes, do apoio que a assistência pode proporcionar à permanência e conclusão de seus estudos.

A assistência estudantil caracteriza-se como garantia de direito àqueles que não tem condições de, após ingressar no ensino superior, manter-se financeiramente para a efetivação de seus estudos.

Imperatori⁸⁵, em estudo sobre a assistência estudantil, apresenta informações sobre o assunto e indica que esse tipo de ação vem de longa data nos governos

83 ALVES, J. de M. “A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública”. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v5n1_Jo.htm>. [10-08-2018];

VASCONCELOS, N.B. “Programa nacional de Assistência Estudantil: uma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil”. Revista Católica, v. 2, n. 3, Uberlândia, 2010, pp. 399-411. Disponível em <file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf>. [10-08-2018].

84 ALVES, J. de M. “A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública”. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v5n1_Jo.htm>. [10-08-2018];

85 IMPERATORI, T. K. “A Trajetória da Assistência Estudantil na Educação Superior Brasileira”. Serv. Soc. Soc., n. 129, p. 285-303, São Paulo, maio/ago. 2017, p. 285-303. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n129/0101-6628-ssoc-129-0285.pdf>>. [12-03-2019].

brasileiros, em especial nos anos de 1930, quando houve a preocupação com a moradia e alimentação de estudantes universitários, como apresenta-se no Quadro 2:

ANO	ATO GOVERNAMENTAL	AÇÃO(ÕES) DE AE
1911	Lei 8.679 de 05/04/1911 - Lei Orgânica do Ensino Superior e do Fundamental na Republica	- Organização do ensino; - Autonomia didática e administrativa; - Institutos de ensino superior e fundamental; - O Conselho Superior do Ensino; - O patrimônio, sua constituição e aplicação.
1928		Criação da Casa do Estudante, em Paris
1931	Decreto n. 19.851/1931	Instituição da organização técnica e administrativa das universidades (Estatuto) Obediência do ensino superior no Brasil ao sistema universitário, podendo ser ministrado em institutos isolados, regendo-se estes pelos respectivos regulamentos, observados os dispositivos do seguinte Estatuto das Universidades Brasileiras.
1934	Constituição de 1934	Assegurou a assistência aos estudantes com fornecimento gratuito de material escolar, bolsas de estudos, assistência alimentar, dentária e para vilegiaturas
1946	Constituição de 1946 -	Art. 72 - Cada sistema de ensino terá obrigatoriamente serviços de assistência educacional que assegurem aos

		alunos necessitados condições de eficiência escolar.
1961	Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), artigos 90 e 91	Direito discente – assistência social escolar
1967	Constituição – artigo 176	Garantia do ensino médio gratuito e no ensino superior
1968	Lei federal nº 5465/68 – Lei do Boi	Instituição de vagas para filhos de candidatos agricultores ou filhos destes, proprietários ou não de terras, que residam com suas famílias na zona rural; dispõe sobre o preenchimento de vagas nos estabelecimentos de ensino agrícola e escolas superiores de Agricultura e Veterinária mantidos pela União
Anos de 1970	Instituição da LDB – artigo 62 e criação do Departamento de Assistência ao Estudante (DAE)	Programas de assistência aos estudantes: Bolsas de Trabalho, Bolsas de Estudo, programas de alimentação, moradia e assistência médico-odontológica.
1972	Decreto nº. 69.927	Programa assistencial “Bolsa Trabalho” – proporcionar a estudantes de todos os níveis de ensino oportunidades de exercício profissional em órgãos ou entidades públicas ou particulares, nos quais possam incorporar hábitos de trabalho intelectual ou desenvolver técnicas de estudo e de ação nas diferentes especialidades.

Fim dos anos 1980	Extinção do DAE	Ações de assistência escassas e pulverizadas
1987	Criação do Fórum Nacional de Pró-Reitores de Assuntos Comunitários e Estudantis (FONAPRACE)	Formulação da proposta do Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES
1988	Constituição Federal – Constituição Cidadã	Consolida direitos sociais e políticos: educação como direito social: “ Art. 6º São direitos sociais a educação, [...] ”
1995	Lei nº 9.131 de 24 de novembro de 1995.	Cria o Conselho Nacional de Educação – CNE
1996	Lei n. 9.394 - Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB	Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional para os diferentes níveis de educação: Regulamentação da política de educação Art. 4º - Assistência aos discentes na educação Art. 5º Direito público ao acesso à educação básica obrigatória; Art. 78. - fomento à cultura e de assistência aos índios, oferta de educação escolar bilíngue e intercultural aos povos indígenas.
2001	Lei 010172 de 09/01/2001:	Art. 1º - Aprova o Plano Nacional de Educação por 10 (dez) anos; Estabelece prioridades para a educação nacional

	Lei 10.260 de 12 de julho de 2001	Dispõe sobre o Fundo de Financiamento ao estudante do Ensino Superior – FIES Orienta a destinação de concessão de financiamento a estudantes de cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério
2005	Lei nº 11.096 de 13 de janeiro de 2005	Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI , regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior. Orienta sobre a destinação de bolsas de estudo para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.
2006	Decreto nº 5.800, de 8 de Junho de 2006.	Institui o Sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB .
2007	Decreto nº 6.096, de 24 de Abril de 2007.	Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI
2007	Portaria Normativa Nº 39, de 12 de Dezembro de 2007 I	Institui o Programa Nacional De Assistência Estudantil - PNAES
2010	Decreto 7.234 de 19 de julho de 2010	Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil - PNAES .

2012	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. - Lei de Cotas
2014	Lei 13.005 de 2014	Aprova o Plano Nacional de Educação - PNE

Quadro 2 - Ações de Assistência Estudantil ao longo dos anos

Verifica-se, portanto, que as ações de assistência estudantil vêm de uma preocupação constante dos governos em manter os estudantes no ensino superior, sendo que a partir da década de 1950 houve um crescimento do número desses estudantes com a criação das universidades federais e o investimento de recursos em programas voltados à assistência estudantil.

A moradia estudantil, por exemplo, surgiu com a preocupação em manter os brasileiros em terras distantes. Cabe observar, no entanto, que a preocupação inicial se deu com filhos da terra que saíram para estudar no exterior, na Europa por exemplo. Neste momento é que surgem as primeiras moradias estudantis destinadas a poucos e fora do Brasil.

A primeira casa estudantil do Brasil surgiu em 1929, no Rio de Janeiro, sendo institucionalizada no governo Vargas. Entre os anos de 1940 e 1950, veio a determinação da criação das cidades universitárias, para a fixação de docentes e discentes nas recém-criadas universidades federais brasileiras⁸⁶.

Houve ampliação do número de estudantes e, conseqüentemente, a necessidade de aumento de casas estudantis na década de 1970, com a preocupação voltada para a população menos abastada que ingressou nos bancos acadêmicos. Atualmente são inúmeras as moradias espalhadas pelo Brasil que seguem regulamentações e regras de convivência de acordo com os seus respectivos mantenedores⁸⁷. Após a extinção do Departamento de Assistência ao Estudante (DAE), na década de 1980, houve a retomada da política de educação superior pelo Ministério da Educação, em 1985 sob um novo prisma, com proposta de alocação

⁸⁶ GOMES, C. de M.; RAMOS, D. da P.; SOUZA, E. S.de; RAMOS, V. F. B. A Universidade e a Fundamental Importância da Moradia Estudantil como Inclusão Social. S/D, pp. 1-18. Disponível em: <<https://unijpa.edu.br/wp-content/uploads/Revista%20Saberes/ed1/5.pdf>>. [05-04-2019].

⁸⁷ GOMES, C. de M.; RAMOS, D. da P.; SOUZA, E. S.de; RAMOS, V. F. B. A Universidade e a Fundamental Importância da Moradia Estudantil como Inclusão Social. S/D, pp. 1-18. Disponível em: <<https://unijpa.edu.br/wp-content/uploads/Revista%20Saberes/ed1/5.pdf>>. [05-04-2019].

de recursos para custeio de um plano nacional de recuperação e conservação de prédios e refeitórios e moradias estudantis, mas que não foi efetivada⁸⁸.

No que se refere ao ensino superior, este é contemplado algum tempo depois com o Plano de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), em 2007, e o Plano Nacional de Assistência Estudantil (PNAES), em 2010. No entanto, para se chegar até esse dois, foi um longo trajeto.

Interpretando a Constituição Federal em relação ao que se refere à educação, pode-se dizer que esta é direito fundamental, universal, inalienável e instrumento de formação cidadã. Neste contexto, a universidade se faz espaço democrático de estudo, debate, análise política, cultural e social que possibilita a promoção de valores, tolerância e respeito às diferenças e convivência nesses mesmos âmbitos.

Verifica-se, no entanto, que em dados momentos da história até os dias atuais, este é um ambiente direcionado à elite, criada para ela e que seleciona, até certo ponto, aqueles que têm maiores condições de aprendizado mediante o pagamento por isso – escolas particulares, caras e que preparam de forma diferenciada para a concorrência para a entrada no ensino superior.

Com o aumento de oportunidades de ingresso no nível superior, possibilitada pelas leis que instituem as formas de ingresso nessa modalidade de ensino, tais como a Lei de Cotas e ENEM/SISU e Vestibular para Povos Indígenas, além do processo vestibular universal, a questão da permanência se tornou tema bastante relevante já que a democratização do ensino superior torna-se primordial não apenas para ações de acesso, como também para os mecanismos de permanência, a fim de reduzir os efeitos das desigualdades existentes entre os estudantes⁸⁹. Assim a Assistência Estudantil vem a ser ofertada pelas Instituições de Ensino Superior com o objetivo de levar aos universitários, ações voltadas para lhes possibilitar a permanência e a integralização curricular na universidade.

A partir da Constituição Federal de 1988, a chamada Constituição Cidadã, podemos elencar alguns marcos legais dessa Política:

- Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (1996);

⁸⁸ COSTA, S. G. “A Permanência na Educação Superior no Brasil: uma análise das políticas de assistência estudantil”. IX Colóquio Internacional sobre Gestão universitária na América do Sul, 2009. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/aval/v22n2/1982-5765-aval-22-02-00512.pdf>>. [28-03-2019].

⁸⁹ VASCONCELOS, N.B. “Programa nacional de Assistência Estudantil: uma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil”. Revista Católica, v. 2, n. 3, Uberlândia, 2010, pp. 399-411. Disponível em <[file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf)>. [10-08-2018].

- Sistema de Avaliação do Ensino Superior – SINAES (2004);
- Plano Nacional de Educação – PNE (2004);
- Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais – REUNI (2007);
- Plano Nacional de Assistência Estudantil (PNAES), de 2010.

Atualmente, e após ampla discussão acerca, o Brasil rege as normas de ensino pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional 9394/96, comumente conhecida como LDB.

Marca o cenário das políticas educacionais, por processo de grande flexibilização, seja administrativo, técnico ou pedagógico e ainda no que diz respeito aos processos de avaliação sistemática das instituições e do próprio sistema Federal, Estadual ou Municipal. Ocasionalmente, assim, um ritmo acelerado com fortes influências no surgimento de políticas e programas, com forte participação das instâncias normativas, de interpretação e aplicação das Leis.⁹⁰

Cabe ressaltar que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Brasileira (LDB) está ancorada na Constituição Federal de 1988 e “traça todos os parâmetros e princípios da educação nacional [...]” onde aborda a educação superior e compreende esta etapa como “responsável por formar profissionais nas mais diferentes áreas do saber”⁹¹.

Em seu artigo 3º, infere que “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I – igualdade de condições para acesso e permanência na escola”⁹². Isso nos faz entender que a permanência na Instituição de Ensino, além do esforço próprio do estudante, depende também das condições que o Estado, por intermédio da escola/universidade, proporciona àquele, atendendo necessidades essenciais à sobrevivência física e psíquica da pessoa.

Considerando que a Lei 10.861, de 14 de abril de 2004, que institui o sistema de avaliação do Ensino Superior (SINAES), aponta que as Instituições de Ensino Superior (IES) devem ser avaliadas, inclusive, por sua Responsabilidade Social em relação à inclusão social e às políticas de atendimento a estudantes e

⁹⁰ SILVA, S. F. K *in* MORELL, J. C.; ALMEIDA, M. B. de; SILVA, T. R. da; SILVA, S. F. K. da. Pensamento Pedagógico e Sistemas Educacionais. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2014, pp. 135-177.

⁹¹ Idem.

⁹² BRASIL. “Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996” – Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. [18-08-2017].

egressos além dos cursos, programas e projetos nas diferentes dimensões da Instituição, ou seja Ensino, Pesquisa e Extensão, urge o engajamento da IES na concretização de ações a fim de possibilitar o acesso e, mais ainda, a permanência no ambiente universitário de forma digna e imparcial.⁹³

Em relação a isso, percebe-se que tal imparcialidade não é de todo efetiva, uma vez que o poder conta vantagem sobre o saber em várias situações e o ingresso no ES acaba por ser mais ‘fácil’ para aqueles que vêm de classes mais favorecidas com melhor estrutura econômica, educacional e cultural, enquanto que os estudantes de classes menos abastadas da sociedade, têm maior dificuldade de acesso.

Percebe-se aí que as instituições de ensino superior se preparam para receber o novo estudante, que nem sempre está preparado para arcar com despesas financeiras e/ou suportar pressão da área psicológica e social que recaem sobre si diante das diversas situações e sentimentos que experimenta ao longo do trajeto acadêmico. Neste sentido, as IES, também, nem sempre estão preparadas para dar o suporte necessário aos ingressantes, e também aos chamados ‘veteranos’ da casa, o que pode provocar o distanciamento dos estudos e o afastamento do curso, ou seja, a desistência e evasão.

Fato é que as ações afirmativas para acesso ao ensino superior tiveram um avanço considerável, enquanto que essas ações em relação à permanência dos estudantes não se fazem presente da mesma maneira, dificultando ainda mais a continuidade dos estudos desses sujeitos.

A reformulação do Plano Nacional de Educação – PNE – em 2014 indica, em sua meta 12.5, a ampliação de políticas de inclusão e de assistência estudantil para o ensino superior, sejam de instituições públicas ou privadas, assim como de beneficiários de programas de financiamento estudantil ou bolsistas.

ampliar as políticas de inclusão e de assistência estudantil dirigidas aos (às) estudantes de instituições públicas, bolsistas de instituições privadas de educação superior e beneficiários do Fundo de Financiamento Estudantil - FIES, de que trata a Lei nº 10.260, de 12 de julho de 2001, na educação superior, de modo a reduzir as desigualdades étnico-raciais e ampliar as taxas de acesso e permanência na educação superior de estudantes egressos da escola pública, afrodescendentes e indígenas e de estudantes com

⁹³ BRASIL. “Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 – Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES”. Brasília, 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.861.htm>. [18-08-2017].

deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação, de forma a apoiar seu sucesso acadêmico⁹⁴.

Essa política objetiva apoiar o bom desenvolvimento acadêmico reduzindo desigualdades, sejam elas de qualquer tipo, ampliando taxas de acesso e permanência, em especial de “egressos de escolas públicas, afrodescendentes e estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades ou superdotação”⁹⁵.

No ano de 2005, foi aprovada e sancionada a Lei nº 11.096, em 13 de janeiro de 2005, instituindo o Programa Universidade para Todos (PROUNI), que tem por objetivo regular a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior além de orientar sobre a destinação de bolsas de estudo para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos.

Já em 2006, foi instituído o Sistema Universidade Aberta do Brasil (UAB), pelo Decreto nº 5.800 de 08 de junho “voltado para o desenvolvimento da modalidade de educação a distância, com a finalidade de expandir e interiorizar a oferta de cursos e programas de educação superior no País”⁹⁶ com a oferta de cursos em diferentes áreas do conhecimento.

Na sequência ao PNE, vem o Decreto 6.096, de 24 de abril de 2007, instituindo o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais (REUNI), com o objetivo de “criar condições para a ampliação do acesso e permanência na educação superior, no nível de graduação, pelo melhor aproveitamento da estrutura física e de recursos humanos existentes nas universidades federais”, além da “ampliação de políticas de inclusão e assistência estudantil”, artigos 1º e 2º, respectivamente⁹⁷.

⁹⁴ BRASIL. “Lei nº 13.005/2014 - Plano Nacional de Educação”. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. [20-06-2018].

⁹⁵ BRASIL. “Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 – Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES”. Brasília, 2004. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.861.htm. [18-08-2017].

⁹⁶ BRASIL, “Decreto nº 5.800, de 8 de junho de 2006”. Dispõe sobre o Sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5800.htm. [25-28-2018].

⁹⁷ BRASIL. Decreto nº 6.096, Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI, 2007. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm. [10-03-2019].

Na sequência, pelo Decreto 7.234/2010, instituiu-se o PNAES – Plano Nacional de Assistência Estudantil. Este documento determina os objetivos do referido plano, as áreas que os estudantes devem ser atendidos, as instituições que devem oferecer as ações, os requisitos necessários para que o estudante receba o atendimento, a origem dos recursos e sua forma de utilização⁹⁸. (BRASIL, 2010)

O PNAEs indica, no parágrafo primeiro do artigo 3º, as áreas para as ações de assistência estudantil, a saber:

- I - moradia estudantil;
- II - alimentação;
- III - transporte;
- IV - atenção à saúde;
- V - inclusão digital;
- VI - cultura;
- VII - esporte;
- VIII - creche;
- IX - apoio pedagógico; e
- X - acesso, participação e aprendizagem de estudantes com deficiência, transtornos globais do desenvolvimento e altas habilidades e superdotação.⁹⁹

Percebe-se, aí, a preocupação dos elaboradores do programa com os estudantes em situação de vulnerabilidade e de necessidades para dar continuidade aos estudos, porém sem dar garantias do financiamento das ações, uma vez que o próprio documento coloca que:

Art. 8º As despesas do PNAES correrão à conta das dotações orçamentárias anualmente consignadas ao Ministério da Educação ou às instituições federais de ensino superior, devendo o Poder Executivo compatibilizar a quantidade de beneficiários com as dotações orçamentárias existentes, observados os limites estipulados na forma da legislação orçamentária e financeira vigente.¹⁰⁰

Outro ponto que corrobora para a urgente implantação desse tipo de ação no ES é o ingresso de estudantes por cotas sociais, com renda familiar insuficiente para garantir a permanência e término do curso, o que pode causar baixo rendimento acadêmico, retardamento da conclusão ou evasão universitária, sendo esta última grande preocupação das IES.

⁹⁸ BRASIL. “Lei 7.234. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES”, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>. [10-03-2019].

⁹⁹ Idem.

¹⁰⁰ Idem.

A Lei de Cotas, Lei Federal 12.711/2012, instituiu o ingresso no ensino superior por meio de cotas percentuais de estudantes de baixa renda e com curso completado integralmente no ensino público. Dessas vagas, ainda se reserva um número para “[...] autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação[...].”¹⁰¹.

Em estudo realizado com o objetivo de “analisar as contribuições das ações do Programa Nacional de Assistência Estudantil [...]” em uma universidade pública federal, Lima e Lopes¹⁰² consideram que tais contribuições são percebidas pelos beneficiados a partir do momento em que não precisam preocupar-se com a manutenção diária, possibilitando-lhes as condições necessárias para concentrar seus esforços nos estudos e compromissos do curso a que se dedicam, física e psiquicamente.

Necessário colocar que o aumento do acesso ao ensino superior nos últimos tempos não é sinônimo de aumento, ou manutenção, da permanência e conclusão dos cursos por esses mesmos ingressantes. Alves¹⁰³ coloca que “na Política de Educação Superior a assistência estudantil tem como finalidade prover os recursos necessários para transposição dos obstáculos e superação dos impedimentos ao bom desempenho acadêmico”. Isto nos faz refletir sobre a necessidade desse tipo de ação nas Instituições de Ensino Superior e a perenidade que isso deve ter no âmbito da instituição, proporcionada pela ação de política pública governamental. Isso é confirmado pela visão de Oliveira e Silveira¹⁰⁴ (2011, p. 3) quando inferem que

o importante na educação superior é oportunizar a acessibilidade dos estudantes, a partir de **políticas públicas que atendam às necessidades dos diferentes grupos, garantindo o apoio em todas as suas dimensões de**

¹⁰¹ BRASIL. “LEI 12.711/2012. Dispõe Sobre o Ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino Técnico de Nível Médio e dá outras Providências”, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. [10-03-2019].

¹⁰² LIMA, M. C. N.; MELO, M. C. de O. L. “Programa Nacional de Assistência Estudantil: uma avaliação de estudantes de baixa condição socioeconômica em uma universidade pública”. Meta: Avaliação | Rio de Janeiro, v. 8, n. 23, p. 216-247, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/990/pdf>>. [25-26-2018].

¹⁰³ ALVES, J. de M. “A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública”. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v5n1_Jo.htm>. [10-08-2018].

¹⁰⁴ OLIVEIRA, A. R. M. de; SILVEIRA, A. S. da. Acesso e Permanência – desafios à problemática da evasão na educação superior no Brasil. Congressos CLABES – Conferência Latinoamericana sobre Abandono em La Educación Superior. 2011. Disponível em <<http://revistas.utp.ac.pa/index.php/clabes/article/view/1229/1959>>. Acesso em agosto/2017.

forma a reduzir a evasão e a exclusão durante a sua formação e estudos. (grifo nosso)

Sendo assim, torna-se necessária e de grande importância a implementação desse tipo de ação na IES, uma vez que, além da exigência legal, verifica-se a clara necessidade, por parte dos estudantes, do apoio que a assistência pode proporcionar a permanência e a conclusão dos seus estudos, seja no âmbito financeiro, físico e/ou psicológico.

Verifica-se, no entanto, que as políticas públicas de assistência estudantil atingem quase que, exclusivamente, as instituições federais de ensino superior, ficando as estaduais com o fardo de ‘como aplicar ações de assistência estudantil sem uma verba específica percebida do governo’.

Bem, aí fica um nó, uma vez que as universidades estaduais dispõem de recursos mínimos e regradados pelo governo tendo que, por vezes, definir entre um e outro estudante quem receberá o benefício enquanto que as IES federais são beneficiadas justamente pelo PNAES, pois ali define-se, declaradamente, em seu artigo primeiro que “O Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES, executado no âmbito do Ministério da Educação, tem como finalidade ampliar as condições de permanência dos jovens na educação superior pública **federal**.”¹⁰⁵ (Grifo nosso).

Como exemplo disso, pode-se citar o Sistema de Seleção Unificada (SISU), que utiliza as notas do Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM) para classificar os candidatos a vagas de ampla concorrência e de concorrência por cotas. Com a adesão ao sistema, as universidades deveriam receber valores proporcionais ao número de vagas disponibilizadas, anualmente, o que não ocorre na prática.

As IES estaduais participantes do programa, nada receberam desde o início do programa, assim como a UNESPAR, que tem ingressantes pelo SISU desde o ano de 2014. Sem os subsídios definidos no contrato de adesão, poucas ações podem ser desenvolvidas, limitando-se quando muito à assistência e acompanhamento pedagógico.

Além do não recebimento da verba federal, as IES estaduais não conseguem angariar recursos com outras fontes para esse fim, sequer conseguem manter-se

¹⁰⁵ BRASIL. “Lei 7.234. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES”, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/deceto/d7234.htm>. [10-03-2019].

diante de várias situações difíceis provocadas pela administração pública, seja estadual, seja federal.

Em relação a isso, ALVES¹⁰⁶ coloca que:

Cabe às IES públicas assumir a assistência estudantil como direito e espaço prático de cidadania, buscando ações transformadoras no desenvolvimento do trabalho social com seus próprios integrantes. Entretanto, as universidades brasileiras têm encontrado limites para cumprir os próprios preceitos da lei e do Plano Nacional de Educação.

De fato, o que ocorre é quase um assistencialismo que, apesar de insuficiente, ainda vem promovendo alguns resultados positivos. Isto porque

De modo geral, a política de assistência estudantil junto aos estudantes de universidades públicas tem se caracterizado na contemporaneidade por sua natureza focalizada; pela inexistência de mecanismos de controle social sobre a mesma; pela terceirização dos serviços; **pela concessão de bolsas financeiras** para apoio à moradia, alimentação, transporte em detrimento da oferta de serviços como restaurante universitário, residência estudantil, entre outros.¹⁰⁷ (Grifo nosso).

Assim sendo, as instituições de ensino superior públicas estaduais devem se movimentar e articular em prol de uma ação afirmativa que pouco recebe apoio do governo federal. Tal apoio deveria vir do Programa Nacional de Assistência Estudantil para as instituições de educação superior públicas estaduais (PNAEST), criado em 2010, que define como finalidade “ampliar as condições de acesso, permanência e sucesso dos jovens na educação superior pública estadual”¹⁰⁸ e é destinado “exclusivamente às instituições estaduais de educação superior gratuitas, cujas organizações acadêmicas, conforme constante no cadastro e-MEC, correspondam às categorias de Universidades ou de Centros Universitários”¹⁰⁹.

Verifica-se, com isso, que o governo federal, em dado momento, preocupou-se com essas IES que atendem a boa parte dos universitários. Vale ressaltar que para que a IES estadual recebesse os valores correspondentes, deveria

¹⁰⁶ ALVES, J. de M. “A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública”. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v5n1_Jo.htm>. [10-08-2018].

¹⁰⁷ IMPERATORI, T. K. “A Trajetória da Assistência Estudantil na Educação Superior Brasileira”. Serv. Soc. Soc., São Paulo, n. 129, p. 285-303, maio/ago. 2017, p. 285-303. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/ssoc/n129/0101-6628-ssoc-129-0285.pdf>>. [12-03-2019].

¹⁰⁸ BRASIL. “Lei 7.234. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES”, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>. [10-03-2019].

¹⁰⁹ Idem.

apresentar a contrapartida, ou seja, as ações que seriam desenvolvidas com o dinheiro a ser recebido.

Porém, o governo não vem cumprindo com a sua parte no acordo e essas universidades continuam sem poder efetivar a assistência estudantil como fora proposto no momento da adesão ao Sistema de Seleção Unificado. Isso se mostra na fala do presidente da Associação Brasileira dos Reitores das Universidades Estaduais e Municipais (Abruem), Aldo Nelson Bona após reunião com o secretário de Educação Superior (SESu), do Ministério da Educação (MEC), Paulo Barone, em junho de 2017, quando relata que “o último Edital do Pnaest data de 2014. Não abriu 2015, não abriu 2016, não abriu agora 2017”. Cabe colocar que o Ministério acenou com um possível edital em 2018, o que também não ocorreu. Seguindo sua fala, Bona continua:

a permanência das nossas estaduais no Sisu depende, essencialmente, desse recurso para assistência estudantil; sem o apoio do Ministério para a Assistência Estudantil em nossas universidades, nós não temos como manter a entrada pelo Sisu porque os ingressantes pelo Sisu representam uma demanda maior por assistência estudantil do que os ingressantes pela via do vestibular.¹¹⁰

Sendo necessário recursos para o desenvolvimento de ações afirmativas de assistência estudantil durante o período de estudos – a educação - dever da família e do estado -, assegurada, inclusive, pela Constituição Federal, acaba por ser um desafio para IES. Diante de um quadro de evasão estudantil cada vez maior, poucas são as ações que as IES públicas estaduais desenvolvem para a permanência do estudante.

A Assistência Estudantil, considerando sua finalidade de ampliar as condições de permanência dos jovens na educação superior pública (BRASIL, 2010), deve ser ofertada de modo a atender os estudantes em sua heterogeneidade, provendo os recursos necessários que possibilitem transpor obstáculos e superar impedimentos que se colocam ao desempenho acadêmico.¹¹¹ (p.218)

¹¹⁰ ABRUEM. “Pnaest Pode Ser Incluído no Orçamento de 2018 do Ministério da Educação”. Abruem, 2017. Disponível em: <<http://www2.abruem.org.br/2017/06/23/pnaest-pode-ser-incluido-no-orcamento-de-2018-do-ministerio-da-educacao/>>. [15-04-2019].

¹¹¹ MACIEL, D. E.; PELEGRINA, M. A. “Alternativa de Moradia Estudantil na Universidade Estadual do Centro-Oeste do Paraná”. In MANCHOPE, E. C. P. et al (org.) Relato de Experiências Exitosas das IES: formação do docente do ensino superior, assistência estudantil e assistência pedagógica. Cascavel, PR: EDUNIOESTE, 2017.

Porém, “no atual contexto de crise econômica e política, o corte de verbas destinado à educação ameaça os programas e as ações existentes”¹¹².

A existência de programas de combate à evasão acadêmica é necessários, porém ainda não institucionalizados nas IES. Poucas são as que efetivamente planejam, executam e acompanham os resultados das ações para permanência.

Considero que a função da assistência estudantil é prover condições de permanência aos estudantes na universidade e atender as necessidades destes por meio da possibilidade de superar as dificuldades que se colocam contra o seu bom desempenho e o seu desenvolvimento pessoal e profissional.

Não conseguindo efetivar ações de permanência, há um aumento da desistência/evasão. Na tabela 2 é possível visualizar alguns fatores que causam desistência e evasão e suas respectivas porcentagens em relação ao total analisado:

MOTIVO	PORCENTAGEM
Financeiro	65%
Tempo de conclusão do curso	10%
Período/turno do curso	3%
Não é o curso que deseja para carreira	5%
Visibilidade econômica do curso	2%
Não consegue conciliar trabalho e estudo	10%
Não consegue auxílio da AE	5%

Tabela 2 – Motivos relacionados à desistência/evasão

Tais informações são corroboradas por pesquisa de Morosini et al, apud Gisi e Morosini¹¹³, que apresenta as causas da evasão:

1. Aspectos financeiros relacionados à vida pessoal ou familiar do estudante;
2. Aspectos relacionados à escolha do curso, expectativas progressas ao ingresso, nível de satisfação com o curso e com a universidade;

¹¹² GISI, M. L.; PEGORINI, D. G. “As Políticas de Acesso e Permanência na Educação Superior: a busca da igualdade de resultados”. Revista on line de Política e Gestão Educacional, v. 20, n. 1, jan-abr, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/9390>>. [05-04-2019], p.27.

¹¹³ GISI, M. L.; PEGORINI, D. G. “As Políticas de Acesso e Permanência na Educação Superior: a busca da igualdade de resultados”. Revista on line de Política e Gestão Educacional, v. 20, n. 1, jan-abr, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/9390>>. [05-04-2019], p.31.

3. Aspectos interpessoais – dificuldades de relacionamento com colegas e docentes;
4. Aspectos relacionados com o desempenho nas disciplinas e tarefas acadêmicas – índices de aprovação, reprovação e repetência;
5. Aspectos sociais, como baixo prestígio social do curso, da profissão e da universidade elegida;
6. Incompatibilidade entre os horários de estudos com as demais atividades, como, por exemplo, o trabalho;
7. Aspectos familiares como, por exemplo, responsabilidade com filhos e dependentes, apoio familiar quanto aos estudos etc.;
8. Baixo nível de motivação e compromisso com o curso.

Os dois estudos indicam que a maioria dessas causas são de ordem acadêmica, evidenciando a falta de suporte aos alunos com maior dificuldade, especialmente nos processos pedagógicos.

Isso talvez se deva à falta de iniciativa de muitas IES em dar suporte pedagógico necessário para a permanência do estudante em desvantagens sócio-econômicas-culturais no curso.

Programas, remunerados ou não, são considerados importantes para a melhoria da qualidade do curso devido a alguns fatores que:

- proporcionam troca de experiências;
- proporcionam aquisição de conhecimentos;
- proporcionam formação acadêmica mais integrada;
- incentivam estudos;
- possibilitam dedicação exclusiva aos estudos;
- tornam o curso mais atrativo;
- estimulam maior dedicação às disciplinas e ao curso;
- auxiliam no preparo para o exercício da profissão;
- permitem aliar teoria e prática;
- favorecem a aprendizagem e a vivência de situações extraclasse;
- proporciona maior envolvimento e integração dos alunos com o curso, com a Instituição e com a sociedade.¹¹⁴

Muitos desses fatores podem, inclusive, influenciar “na realidade de estudantes que precisam deixar suas cidades de origem para ingressar em

¹¹⁴ RAFAEL, J. A. M.; MIRANDA, P. R. de; CARVALHO; M. P. de. “Análise das Contribuições dos Programas de Assistência Estudantil para a Formação Acadêmica de Futuros Professores de Matemática”. *Acta Scientiae*, v. 18, n. 2, maio/ago, 2016, p. 284-300. Disponível em <www.periodicos.ulbra.br/index.php/acta/article/download/1565/1610>. [10-03-2019].

universidades”¹¹⁵. Para Gisi e Pegorini¹¹⁶ a evasão é um problema que é constante e vem se agravando. Isto se deve à falta de empenho das IES em oferecer programas que envolvam a parte pedagógica e que favoreçam a permanência e melhor aproveitamento do estudante. Vale colocar que tais ações ainda dependem de recursos, sejam financeiros, sejam humanos ou físicos/materiais e que nem sempre estão disponíveis para a efetivação daquelas.

A assistência estudantil não se limita apenas aos estudantes com as carências aqui já elencadas. O estudante indígena também é um desses atores que, na busca por melhorias para si e para sua comunidade, sofre, além das mesmas dificuldades, outras mais profundas que o universitário não indígena, relacionadas às questões de ordem histórica, étnica e cultural

2. Estudantes Indígenas no Ensino Superior no Estado do Paraná

A Lei de Cotas, Lei Federal 12.711/2012, instituiu o ingresso no ensino superior por meio de cotas percentuais de estudantes de baixa renda e com curso completado integralmente no ensino público. Dessas vagas, ainda se reserva um número para “[...] autodeclarados pretos, pardos e indígenas e por pessoas com deficiência, nos termos da legislação[...]”¹¹⁷.

Em estudo realizado com o objetivo de “analisar as contribuições das ações do Programa Nacional de Assistência Estudantil [...]” em uma universidade pública federal, Lima e Lopes¹¹⁸ consideram que tais contribuições são percebidas pelos beneficiados a partir do momento em que não precisam preocupar-se com a manutenção diária, possibilitando-lhes as condições necessárias para concentrar

¹¹⁵ MACIEL, D. E.; PELEGRINA, M. A. “Alternativa de Moradia Estudantil na Universidade Estadual do Centro-Oeste do Paraná”. In MANCHOPE, E. C. P. et al (org.) Relato de Experiências Exitosas das IES: formação do docente do ensino superior, assistência estudantil e assistência pedagógica. Cascavel, PR: EDUNIOESTE, 2017, p. 218.

¹¹⁶ GISI, M. L.; PEGORINI, D. G. “As Políticas de Acesso e Permanência na Educação Superior: a busca da igualdade de resultados”. Revista on line de Política e Gestão Educacional, v. 20, n. 1, jan-abr, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/9390>>. [05-04-2019], p.31.

¹¹⁷ BRASIL. LEI 12.711/2012. Dispõe Sobre o Ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino Técnico de Nível Médio e dá outras Providências, 2012. Disponível em<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. [10-03-2019].

¹¹⁸ LIMA, M. C. N.; MELO, M. C. de O. L. “Programa Nacional de Assistência Estudantil: uma avaliação de estudantes de baixa condição socioeconômica em uma universidade pública”. Meta: Avaliação | Rio de Janeiro, v. 8, n. 23, p. 216-247, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/990/pdf>>. [25-26-2018], p.216.

seus esforços nos estudos e compromissos do curso a que se dedicam, física e psiquicamente.

No entanto, da mesma forma que cresce o interesse e a inserção desse público nas universidades, as dificuldades já mencionadas são difíceis de serem vencidas. Apesar de tamanho crescimento não recebem apoio público para manter-se na universidade, sendo o grupo de menor percentual de atendimento nas principais políticas públicas de acesso ao ensino superior.

Ocorre que as ações afirmativas para permanência do indígena na universidade são, quando existem, desenvolvidas de forma independente por cada IES sem uma formalização e/ou regulamentação, enfatizando, assim, a falta de uma política pública específica. Ou seja, não há um norteador para que seja uma política pública governamental. Existe, apenas, ações isoladas e que nem sempre produzem o efeito desejado ou o desenvolvimento em sua integralidade.

Em relação aos estudantes indígenas verifica-se que a assistência estudantil tem se limitado a bolsas auxílio que nem sempre atendem às necessidades daqueles. Isto se coloca devido ao fato de que o indígena deve arcar os gastos financeiros de despesas com moradia, alimentação e transporte durante o tempo em que cursa a universidade.

No entanto não é somente a parte financeira que preocupa tanto aos estudantes indígenas quanto aos envolvidos no processo ensino-aprendizagem, mas, também e, talvez principalmente, ausentar-se de sua comunidade, enfrentando, muitas vezes sozinho, uma situação desconfortável de solidão e sacrifício pessoal. Além disso, ainda há a adaptação cultural, econômica e social, tendo que lidar com uma situação de duplo pertencimento – ora na universidade enquanto acadêmico, ora na comunidade de origem enquanto índio propriamente dito.

Majoritariamente, os indígenas do estado do Paraná são das etnias Guaraní e Kaingang. Em estudo realizado em 2017, Angelin, Tolkowski e Teixeira¹¹⁹ indicam o *modus vivendi* desses dois povos a saber:

Os kaingang, ocupantes da região meridional do sul e sudeste do Brasil, têm sua economia baseada na agricultura, através do cultivo da mandioca, amendoim, feijão, abóbora, etc., bem como na venda do artesanato. O trabalho, na concepção tradicional desses povos, costuma ser organizado através de grupos domésticos. Nota-se que as relações familiares e laborais apresentam-se indissociáveis quando e se todos os membros trabalham dentro das

¹¹⁹ ANGELIN, A. P.; ZOLTOWSKI, A. P. C.; TEIXEIRA, M. A. P. “A Construção do Projeto de Vida e Carreira em Estudantes Indígenas: um estudo exploratório”. *Psicol. Soc.* vol. 29 Belo Horizonte, 2017, Epub, 07-Dez-2017. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822017000100234&lng=pt&tlng=pt>. [22-05-2019].

aldeias. Também é comum a organização do trabalho interfamiliar, quando diferentes grupos domésticos se reúnem para a prática da colheita ou preparo da terra, como no chamado “puxirão” ou “ajutório”. Os guaranis são conhecidos como índios que possuem grande mobilidade espacial, com fortes elementos religiosos como constituintes de sua identidade. A unidade doméstica também figura como a principal modalidade de produção e consumo. A produção de bens e artefatos costuma ocorrer em conjunto, a exemplo dos kaingang, sendo que uma mesma atividade coletiva pode desempenhar papéis econômicos, políticos, religiosos, sociais e culturais.¹²⁰

Percebe-se, com isso, que, diferentemente da imagem que se tem das populações indígenas, também sofreram mudanças sociais, políticas culturais e econômicas, sem que deixassem de ser Kaingáng e Guarani.

Segundo Rodrigues¹²¹, no contato com os não indígenas, esses povos foram se apropriando de práticas e conhecimentos dos não indígenas e “os novos tempos levaram à criação de mecanismos de enfrentamento, à invenção de novas formas de relação, novas atividades, novos ritos, novos costumes, novas tradições (...)”¹²².

Ocorre que tais apropriações, fizeram com que convivam no mundo dos não indígenas, buscando seus espaços e lutando pela reconquista de seus territórios, suas línguas, a tal ponto de perceber que devem aprender e dominar suas técnicas para continuar na luta por seus territórios, suas histórias e suas culturas.

Indígenas das etnias Kaingáng e Guarani têm oportunidade de ingressar nas universidades do Paraná, Estado pioneiro na instituição do Vestibular dos Povos Indígenas. Isso abre oportunidades para dezenas de indivíduos. No entanto, não garante que se finde o curso sem enfrentar situações dificultosas como as já colocadas anteriormente, quais sejam:

Aspectos como a referência da escolarização básica para sua formação acadêmica, as precárias condições materiais e financeiras para garantir sua permanência na universidade e no meio urbano, os limites e as iniciativas de acompanhamento institucional pelas IES, os preconceitos e as experiências

¹²⁰ Idem, p.04.

¹²¹ RODRIGUES, Isabel Cristina. VENH JYKRE SI: memória, tradição e costume entre os Kaingang da T.I. Faxinal – Cândido de Abreu/PR. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. PUC/SP, 2012 155 pp. Disponível em <https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/3455/1/Isabel%20Cristina%20Rodrigues.pdf> [10-05-2019].

¹²² Idem, p.143.

de interculturalidade vivenciados no ambiente acadêmico e o sentimento de estrangeirismo na *univer-cidade*.¹²³ (Grifo do autor)

O fator psicológico, de acordo com o que consta em vários estudos analisados, é o de maior peso para a demora em finalizar o curso ou, até mesmo, a desistência do estudante.

Em março de 2018 a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) publicou uma reportagem informando que “em menos de sete anos, a quantidade de indígenas matriculados nas universidades cresceu mais de cinco vezes”¹²⁴. A reportagem considera que os indígenas estão sentindo necessidade de formação profissional qualificada que possam colaborar com a luta de seu povo.

O crescimento dessa população em IES foi de 52,6% em um ano. Isso nos leva a crer que esses indivíduos se sentem de certa forma acuados sem o devido conhecimento para defender seus direitos e, ao mesmo tempo, motivados para que a conquista de um curso superior os fortaleça dentro da comunidade e na sociedade na luta por seus direitos.

No entanto, da mesma forma que cresce o interesse e a inserção desse público nas universidades, as dificuldades já mencionadas são difíceis de serem vencidas.

Ocorre que as ações afirmativas para permanência do indígena na universidade são, quando existem, desenvolvidas de forma independente por cada IES sem uma formalização e/ou regulamentação, enfatizando, assim, a alta de uma política pública específica. Ou seja, não há um norteador para que seja uma política pública governamental. Existe, apenas, ações isoladas e que nem sempre produzem o efeito desejado ou o desenvolvimento em sua integralidade.

A Secretaria de Ciência e Tecnologia (SETI) - órgão gestor do ensino superior no Estado do Paraná, através da institucionalização da CUIA (Comissão Universidade para os Índios) acaba por ser responsável por “ações como a estruturação de espaços institucionais de coordenação, acompanhamento e monitoramento desta política”¹²⁵. Além dessas, ainda é realizado o repasse mensal de bolsa-

¹²³ AMARAL, W. R. do; BALBICH, T. M. “A Política Pública de Ensino Superior para Povos Indígenas no Paraná: trajetórias, desafios e perspectivas”. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v.7. Número Especial, p.197-220, dez. 2012, p.203.

¹²⁴ ABIORANA, K. “Cresce o número de estudantes indígenas nas universidades”. Publicado em 29 Janeiro 2018. Disponível em < <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/4720-cresce-o-numero-de-estudantes-indigenas-nas-universidades> > [20-09-2018].

¹²⁵ AMARAL, W. R. do; BALBICH, T. M. “A Política Pública de Ensino Superior para Povos Indígenas no Paraná: trajetórias, desafios e perspectivas”. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v.7. Número Especial, p.197-220, dez. 2012, p.204.

auxílio aos estudantes indígenas matriculados, acompanhamento pedagógico dos acadêmicos indígenas por meio das CUIAs locais assumindo, estas, um papel na articulação e socialização das experiências e acompanhamento acadêmico realizadas pelas IES envolvidas¹²⁶. No entanto ainda não se verifica a política pública de permanência.

Paulino¹²⁷ informa sobre as ações de assistência estudantil que acontecem na Universidade Federal do Paraná, a partir de termo de convênio firmado com a FUNAI. A UFPR consolida suas ações afirmativas oferecendo: alimentação gratuita durante o período letivo, seja no restaurante universitário, seja por meio de recursos para cobrir tal despesa; concessão de bolsa mensal para manutenção de despesa pessoal; assistência médica durante o período letivo. Em contrapartida, a FUNAI preocupa-se com hospedagem/alojamento durante o tempo do curso, desde que ingressados pelo vestibular indígena; transporte dos estudantes durante o recesso acadêmico para seus respectivos domicílios; apoio na compra de material didático necessários às atividades do curso.

Após seis anos, uma política estadual de permanência. Vale ressaltar que os estudantes devem apresentar bom aproveitamento em suas atividades.

Além do repasse mensal de bolsa-auxílio aos estudantes indígenas matriculados, deve-se contemplar o acompanhamento pedagógico dos acadêmicos indígenas por meio das CUIAs locais assumindo, estas, um papel na articulação e socialização das experiências e acompanhamento acadêmico realizadas pelas IES envolvidas¹²⁸. No entanto, ainda não se verifica outras ações de política pública de permanência, tanto para os estudantes indígenas como para os não indígenas na rede estadual de ensino superior.

É válido ressaltar que as políticas de acesso para os indígenas não têm sequência para a sua permanência. As cotas garantem que esses indivíduos ingressem no ensino superior. Da mesma forma as vagas suplementares nos cursos existentes e de número definido por lei, 6 em cada Instituição no Estado do Paraná. Esta segunda forma de ingresso não garante uma fonte de recursos no orçamento universitário, implicando que o estudante tenha que afastar-se da universidade ou,

¹²⁶ Idem.

¹²⁷ PAULINO, Marcos Moreira. Povos Indígenas e Ações Afirmativas: O caso do Paraná, 2008. f.: 162 il. Dissertação (Mestrado em Educação) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade de Educação, Rio de Janeiro, 2008.

¹²⁸ AMARAL, W. R. do; BALBICH, T. M. “A Política Pública de Ensino Superior para Povos Indígenas no Paraná: trajetórias, desafios e perspectivas”. *Práxis Educativa*, Ponta Grossa, v.7. Número Especial, p.197-220, dez. 2012.

ainda, desistir dela. Somente a segunda, ancorada pela lei de bolsa auxílio para estudantes indígenas garante o benefício.

Estados da federação, conscientizando-se da necessidade de apoio ao ensino superior, dispõem de algumas leis que favorecem esse tipo de ação. É o caso do estado do Paraná, que adotou, em 2001, pioneiramente, o Vestibular para os Povos Indígenas, especificamente para preenchimento de vagas nas IEES do Paraná e na UFPR, sendo seis para cada Instituição Estadual e 10 para a Federal, totalizando atualmente 52 vagas anuais.

Porém, e mesmo com as dificuldades enfrentadas, muitos indígenas conseguiram alcançar a colação de grau. Segundo Paula¹²⁹.

Antropólogos ou outros profissionais que convivem com povos indígenas identificam, facilmente, ex-alunos do ensino superior indígena que se transformaram em lideranças de associações indígenas; assessores de seu próprio povo em projetos captados com o “mercado de projetos” ; funcionários de órgãos governamentais (federais, estaduais e municipais); ou, até mesmo, profissionais que trabalham no terceiro setor regional, no qual estão localizadas suas terras (comércio, garimpo, fazendas).

Entende-se, com tal afirmação de que, mesmo sem o auxílio ideal e o apoio governamental, muitos ainda alcançam seus objetivos.

Averiguar o sucesso desses indivíduos possibilitaria compreender o conjunto de problemas que dificultam a sua permanência no ensino superior para definir estratégias no apoio necessário aos estudantes indígenas.

Ocorre que tais apropriações, fizeram com que convivam no mundo dos não indígenas, buscando seus espaços e lutando pela reconquista de seus territórios, suas línguas, a tal ponto de perceber que devem aprender e dominar suas técnicas para continuar na luta por seus territórios, suas histórias e suas culturas.

É necessário colocar que as ações de Assistência Estudantil para indígenas nas IES do estado do Paraná evidenciadas pelo estudo até o momento, são citadas neste material: bolsa-auxílio, apoio pedagógico e psicológico.

Ficam à espera as ações de moradia estudantil, transporte e alimentação, entre outras indicadas pelos estudantes em materiais analisados.

CONCLUSÃO

¹²⁹ PAULA, L. R. de. “O Ensino Superior Indígena como Política Pública: elementos para a construção de um modelo metodológico de avaliação e comparação de experiências locais”. Rev. Bras. Estudos Pedagógicos (online). Brasília, v. 94, n. 238, p. 795-810, set/dez, 2013. Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2176-66812013000300008&script=sci_abstract&tlng=pt>. [10-02-2019], p. 805.

Institucionalizada ao longo de um período, a formalização da assistência estudantil, com a criação de respectivas leis aqui já citadas, decorre de fatos históricos desde a materialização das universidades brasileiras (era Vargas), a redemocratização brasileira (auge dos anos 1980) e a aprovação do PNAES (2007) e, este último, faz parte da estrutura organizacional de diversas IES¹³⁰.

Considera-se, portanto, que as ações afirmativas de acesso e permanência no estado do Paraná são efetivadas através das vagas suplementares e bolsa-auxílio para estes estudantes específicos. Verificou-se que são, ainda, de grande importância para o desenvolvimento pessoal e profissional da sociedade em geral, em especial para os povos indígenas, que buscam a igualdade e formas de melhorias para suas comunidades de origem.

Esse estudo pretende provocar um debate acerca do tema para que, num futuro próximo, seja definida uma política pública para que as ações afirmativas de inclusão de indígenas no meio universitário tenham continuidade nas ações para permanência destes mesmos indivíduos e possibilitam maior conforto e tranquilidade no caminho ao grau universitário.

REFERÊNCIAS

ABIORANA, K. “Cresce o número de estudantes indígenas nas universidades”. Publicado em 29 Janeiro 2018. Disponível em < <http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/4720-cresce-o-numero-de-estudantes-indigenas-nas-universidades> > [20-09-2018].

ABRUEM. “Pnaest Pode Ser Incluído no Orçamento de 2018 do Ministério da Educação”. Abruem, 2017. Disponível em: <<http://www2.abruem.org.br/2017/06/23/pnaest-pode-ser-incluido-no-orcamento-de-2018-do-ministerio-da-educacao/>>. [15-04-2019].

AMARAL, W. R.; BALBICH, T. M., “A Política Pública de Ensino Superior para Povos Indígenas no Paraná: trajetórias, desafios e perspectivas”. Práxis Educativa, Ponta Grossa, v.7. Número Especial, p.197-220, dez. 2012.

ALVES, J. de M. “A Assistência Estudantil no Âmbito da Política de Educação Superior Pública”. Serviço Social em Revista, v. 5, n. 1, jul/dez, 2002. Disponível em <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v5n1_Jo.htm>. [10-08-2018];

ANGELIN, A. P.; ZOLTOWSKI, A. P. C. ; TEIXEIRA, M. A. P. “A Construção do Projeto de Vida e Carreira em Estudantes Indígenas: um estudo exploratório”. Psicol. Soc. vol. 29 Belo Horizonte, 2017, Epub, 07-Dez-2017.

Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822017000100234&lng=pt&tlng=pt>. [22-05-2019].

BRASIL. “Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996” – Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Brasília, 1996. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. [18-08-2017].

BRASIL. “Lei nº 10.861, de 14 de abril de 2004 – Sistema Nacional de Avaliação do Ensino Superior – SINAES”. Brasília, 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.861.htm>. [18-08-2017].

BRASIL, “Decreto nº 5.800, de 8 de junho de 2006”. Dispõe sobre o Sistema Universidade Aberta do Brasil - UAB. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5800.htm>. [25-28-2018].

BRASIL. Decreto nº 6.096, Institui o Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais - REUNI, 2007. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2007/Decreto/D6096.htm>. [10-03-2019].

BRASIL. “Lei 7.234. Dispõe sobre o Programa Nacional de Assistência Estudantil – PNAES”, 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7234.htm>. [10-03-2019].

BRASIL. “LEI 12.711/2012. Dispõe Sobre o Ingresso nas Universidades Federais e nas Instituições Federais de Ensino Técnico de Nível Médio e dá outras Providências”, 2012. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112711.htm>. [10-03-2019].

BRASIL. “Lei nº 13.005/2014 - Plano Nacional de Educação”. Disponível em: <http://pne.mec.gov.br/18-planos-subnacionais-de-educacao/543-plano-nacional-de-educacao-lei-n-13-005-2014>. [20-06-2018].

COSTA, S. G. “A Permanência na Educação Superior no Brasil: uma análise das políticas de assistência estudantil”. IX Colóquio Internacional sobre Gestão universitária na América do Sul, 2009. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/aval/v22n2/1982-5765-aval-22-02-00512.pdf>>. [28-03-2019].

GISI, M. L.; PEGORINI, D. G. “As Políticas de Acesso e Permanência na Educação Superior: a busca da igualdade de resultados”. Revista on line de

Política e Gestão Educacional, v. 20, n. 1, jan-abr, 2016. Disponível em: <<https://periodicos.fclar.unesp.br/rpge/article/view/9390>>. [05-04-2019], p.27

IMPERATORI, T. K. “A Trajetória da Assistência Estudantil na Educação Superior Brasileira”. *Serv. Soc.*, n. 129, p. 285-303, São Paulo, maio/ago. 2017, p. 285-303. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/sssoc/n129/0101-6628-sssoc-129-0285.pdf>>. [12-03-2019].

LIMA, M. C. N.; MELO, M. C. de O. L. “Programa Nacional de Assistência Estudantil: uma avaliação de estudantes de baixa condição socioeconômica em uma universidade pública”. *Meta: Avaliação* | Rio de Janeiro, v. 8, n. 23, p. 216-247, maio/ago. 2016. Disponível em: <<http://revistas.cesgranrio.org.br/index.php/metaavaliacao/article/view/990/pdf>>. [25-26-2018].

MACIEL, D. E.; PELEGRINA, M. A. “Alternativa de Moradia Estudantil na Universidade Estadual do Centro-Oeste do Paraná”. In MANCHOPE, E. C. P. et al (org.) *Relato de Experiências Exitosas das IES: formação do docente do ensino superior, assistência estudantil e assistência pedagógica*. Cascavel, PR: EDUNIOESTE, 2017.

PAULA, L. R. de. “O Ensino Superior Indígena como Política Pública: elementos para a construção de um modelo metodológico de avaliação e comparação de experiências locais”. *Rev. Bras. Estudos Pedagógicos* (online). Brasília, v. 94, n. 238, p. 795-810, set/dez, 2013. Disponível em< http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2176-66812013000300008&script=sci_abstract&lng=pt>. [10-02-2019], p. 805.

RODRIGUES, I. C. VENH JYKRE SI: memória, tradição e costume entre os Kaingang da T.I. Faxinal – Cândido de Abreu/PR. Tese de Doutorado em Ciências Sociais. PUC/SP, 2012 155 pp. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/3455/1/Isabel%20Cristina%20Rodrigues.pdf>>. [10-05-2019].

SILVA, S. F. K *in* MORELL, J. C.; ALMEIDA, M. B. de; SILVA, T. R. da; SILVA, S. F. K. da. *Pensamento Pedagógico e Sistemas Educacionais*. Londrina: Editora e Distribuidora Educacional S.A., 2014, pp. 135-177.

SISU – Sistema de Seleção unificada. Disponível em <<http://sisu.mec.gov.br/tire-suas-duvidas>>. [22-04- 2019].

VASCONCELOS, N.B. “Programa nacional de Assistência Estudantil: uma análise da evolução da assistência estudantil ao longo da história da educação superior no Brasil”. *Revista Católica*, v. 2, n. 3, Uberlândia, 2010, pp. 399-411. Disponível em <[file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Cleison/Downloads/11361-42157-1-PB%20(1).pdf)>. [10-08-2018].

LA RESPONSABILIDAD POR LA GESTIÓN DE LOS PASIVOS AMBIENTALES: un estudio comparado Argentina-Brasil

MARCHESE, Gladys

Neuquén, Argentina, gmarchese7@neuquen.gov.ar

MAGALHÃES DE ANDRADE, Laura

Universidad Federal Fluminense y Universidad de Vigo,
Niterói, Brasil, Ourense, España, lauramagalhaes.adv@gmail.com

RESUMEN

La interacción Sociedad, Empresa y Estado en el abordaje de la gestión de pasivos ambientales y su responsabilidad, en la República Argentina y en Brasil, desde la perspectiva de la gestión pública es el tema de este trabajo. Detalla antecedentes, define el marco normativo básico y desarrolla un enfoque a nivel nacional, pero considera los aspectos regionales y locales. Aborda aspectos preventivos y sancionatorios. Repasa las herramientas de gestión y la planificación del territorio en ambos os Estados, la información pública y la participación de la sociedad. Finalmente concluye en la necesidad de relevamiento, análisis, diagnóstico de situación y unificación de criterios a nivel federal, con especial énfasis en el respeto por las diferencias propias de cada jurisdicción y por sus derechos.

Palabras claves: Pasivos Ambientales; Argentina; Brasil; Derecho comparado; Gestión pública.

ABSTRACT

The interaction between Society, Company and State in the approach to the management of environmental liabilities and their responsibility, in the Argentine Republic and in Brazil, from the perspective of public management is the subject of this work. It details the background, defines the basic regulatory framework and develops a national-level approach, but considers regional and local aspects. Address preventive and sanctioning aspects. It reviews the tools of management and planning of the territory in both States, public information and the participation of society. Finally, it concludes with the need to survey, analyze, diagnose the situation and unify criteria at the federal level, with special emphasis on respect for the differences inherent in each jurisdiction and for their rights.

Keywords: Environmental Liabilities; Argentina; Brazil; Comparative law; Public management.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN; II. DESARROLLO; 1. La gestión de los daños ambientales en Argentina; 2. La responsabilidad por los pasivos ambientales y la definición de competencias en Brasil; CONCLUSIÓN; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es, en parte, un producto del ejercicio de la función pública de la primera autora durante aproximadamente 15 años en organismos que revisten la calidad de Autoridad de Aplicación de las normas ambientales de su país (Argentina). Los primeros, en la máxima autoridad a nivel nacional (Ex Ministerio de Ambiente) y los últimos 10 en el Organismo Ambiental de la Provincia de Neuquén (Subsecretaría de Ambiente). En los dos extremos, el inicial y el actual, he participado en la gestión ambiental de sitios contaminados, integrando equipos interdisciplinarios como Profesional del Derecho Ambiental.

En cuanto al análisis del escenario normativo de Brasil, éste es fruto del desarrollo de estudios académicos de la segunda autora, en gestión y derecho ambientales, en virtud de su formación académica en gestión ambiental, iniciada en año 2012.

El abordaje se impone necesariamente desde una perspectiva general, global e integradora de las diferentes realidades que conforman los dos países, cuyos sistema de gobierno republicano y federal, reconoce la autonomía de las jurisdicciones regionales y locales con una relación compleja de derechos a partir de la reforma constitucional operada en 1994 en Argentina, así como con la Constitución Federal de Brasil (en sus artículos 23 y 225, § 3°).

En la República Argentina, las provincias resultan ser titulares del dominio originario de sus recursos naturales, pero delegan en la Nación el dictado de las normas de presupuestos mínimos destinadas a su protección, reservándose para sí la facultad de complementarlas.

Ya en Brasil, la competencia es común, pero hay un fuerte papel del *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis* (IBAMA) para la delegación de competencia sobre la licencia de un emprendimiento específico y, al mismo tiempo, con la fiscalización, supervisión, y auditoría de los emprendimientos, aunque el proceso de control sea conducido por los órganos ambientales locales, principalmente, a partir de la vigencia de la Instrucción Normativa IBAMA 08/2019, de reciente publicación.

Desde la mirada provincial y local, en ambos países la gestión implica el desafío de desarrollar soluciones a un problema doméstico, de carácter crítico y repercusiones sociales, económicas y políticas inmediatas, en consonancia con los marcos generales nacionales y en ejercicio irrestricto de sus derechos jurisdiccionales.

II. DESARROLLO

Inicialmente, se debe conceptualizar la responsabilidad en sentido amplio, para que después se pueda comprender la modalidad de responsabilidad socioambiental, tanto en Argentina cuánto en Brasil, lo que va a ser hecho en breves palabras.

En breve síntesis, la responsabilidad puede ser definida como la aplicación de medidas que obligan a alguien a reparar el daño causado a otro, en consecuencia, de determinada acción u omisión. En este sentido, Rui Stoco sostiene que¹³¹:

La noción de la responsabilidad puede ser haurida del origen mismo de la palabra, que viene del latín respondiō, responder a algo, o sea, la necesidad que existe de responsabilizar a alguien por sus actos dañinos. Esta imposición establecida por el medio social regido, a través de los integrantes de la sociedad humana, de imponer a todos el deber de responder por sus actos traduce la propia noción de justicia existente en el grupo social estratificado. Se revela, pues, como algo inarredable de la naturaleza humana (traducido del original).

En el sentido de que, en su sentido amplio, hay dos especies principales: con relación a la doctrina subjetiva, en la culpa no hay la intención del agente de causar el daño, sino que ha actuado con negligencia, imprudencia o impericia, y que lo generó a la víctima.

Cuánto a este punto, en la responsabilidad civil, la culpa se caracteriza cuando el causante del daño no tenía la intención de provocarlo, sino la causa por imprudencia, negligencia, impericia y precisa repararlo. La imprudencia consiste en acto comisivo que ocurre por falta de atención o cuidado, motivo por el cual el agente causa daño o lesión; la impericia también corresponde a acto comisivo, pero que sucede por falta de habilidad, capacidad y competencia; la negligencia se da por falta de cuidado, por desatención, corresponde a acto omisivo que resulta de falta de observación del deber.

Se resalta que la diferenciación entre culpa y dolo (intención) no es tomada en consideración por el legislador en cuanto a la reparación del daño, por medio de la restauración de la situación original (*status quo ante*) y, cuando esto no es posible,

¹³¹ STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Edição, São Paulo, 2007, p. 114.

que se determine la indemnización en función del daño sufrido, independientemente del tipo de actuación del agente que le causó.

En cuanto a la responsabilidad objetiva, con base en la interpretación del artículo único, del art. 927, del Código Civil de 2002 de Brasil: "habrá obligación de reparar el daño independientemente de la culpa"¹³², se concluye, pues, que se puede configurar la existencia de la responsabilidad civil sin la apreciación de la culpa como presupuesto. El dispositivo mencionado anteriormente evidencia, por lo tanto, que la culpa no es un elemento esencial de la responsabilidad civil, esenciales son la conducta humana, el daño y el nexo causal entre la conducta y la lesión.

Sobre la responsabilidad en Argentina, el artículo 1109 del Código Civil argentino¹³³ exige la subjetividad para que alguien sea responsable del hecho que comete en cuanto a los daños que ocasiona a terceros. Así nos dice que está obligado a reparar el perjuicio el que ejecuta un hecho que dañe a otro por su culpa o negligencia, lo que es la responsabilidad civil subjetiva, por lo tanto.

Si bien esta es la regla general, hay casos en que la ley civil obliga a reparar el perjuicio ocasionado sin que existiese culpa en el responsable, para proteger derechos de terceros, que no tienen ninguna relación con la cosa o individuo que les provocó el daño, mientras que el que aparece como responsable sí la tiene.

La responsabilidad objetiva, en este sentido, se caracteriza por prescindir del requisito de la infracción como punto de partida y por no recurrir a la culpabilidad como criterio de imputación subjetiva. La primera de las características es que establece como indemnizable cualquier daño, aunque provenga de un acto perfectamente normal, legal y jurídico. La segunda característica es la relación de causalidad entre el acto y el daño. De esta forma, las normas de responsabilidad civil objetiva imponen la obligación de reparar los daños que se produzcan como consecuencia de los riesgos de determinadas actividades, con independencia de la diligencia del agente.

Este sistema establece una obligación legal de reparar. Igualmente, sus distintas manifestaciones en las ramas del Ordenamiento Jurídico se encuentran en pleno proceso tanto de objetivación como de extensión. De este modo, estos mecanismos de responsabilidad tenderían a garantizar la estabilidad y la integridad patrimoniales, más que a reforzar el cumplimiento de determinadas normas de conducta.

Después de la presentación de los conceptos generales sobre la responsabilidad, tanto en Argentina como en Brasil, en las secciones siguientes, se van a conocer

¹³² Brasil. Ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm». [22-02-2019].

¹³³ Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley n.º 26 994, de 7 de octubre de 2014. Disponible en la web «<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>». [22-02-2019].

las especies de responsabilidad ambiental y de qué manera se gestionan los pasivos ambientales en los países en estudio.

1. La gestión de los daños ambientales en Argentina

En Derecho Ambiental, la reparación del daño importa “recomponer” y “remediar”, vocablos destinados a pagar el daño realizado al entorno. De un lado, se pretende recomponer, volver las cosas “*ex ante*” o “*statu quo ante*”; en otro, remediar o mitigar los efectos negativos a sabiendas de que nunca ese entorno dañado volverá a ser el de antes, pero que vale el intento de recomponerlo en la máxima expresión posible o al menos impedir los eventuales y probables efectos nocivos de tal daño traducido en un impacto negativo en el ambiente.

El derecho de cada habitante de la Argentina a un ambiente sano y equilibrado implica correlativamente un deber, que es el de preservación. Este derecho-deber surge del plexo jurídico ambiental de la Argentina, principalmente del art. 41 de la Constitución Nacional, de la Ley General del Ambiente n° 25.675. Tanto la defensa como la restauración corresponden al Estado y a los ciudadanos.

Sobre la Ley General del Ambiente, se ocupa en su art. 2 de definir el rol del Estado en lo que refiere a la política ambiental:

La política ambiental nacional deberá cumplir los siguientes objetivos:

a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas;

b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria;

c) Fomentar la participación social en los procesos de toma de decisión;

d) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales;

e) Mantener el equilibrio y dinámica de los sistemas ecológicos;

f) Asegurar la conservación de la diversidad biológica;

g) Prevenir los efectos nocivos o peligrosos que las actividades antrópicas generan sobre el ambiente para posibilitar la sustentabilidad ecológica, económica y social del desarrollo;

h) Promover cambios en los valores y conductas sociales que posibiliten el desarrollo sustentable, a través de una educación ambiental, tanto en el sistema formal como en el no formal;

i) Organizar e integrar la información ambiental y asegurar el libre acceso de la población a la misma;

j) Establecer un sistema federal de coordinación interjurisdiccional, para la implementación de políticas ambientales de escala nacional y regional;

k) Establecer procedimientos y mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales, para la prevención y mitigación de

emergencias ambientales y para la recomposición de los daños causados por la contaminación ambiental (grifos nuestros).

La gestión de los daños ambientales que no han sido reparados y se han transformado en pasivos, reviste fundamental importancia no sólo respecto de la indemnidad del ambiente y eventualmente la salud humana, sino también en función del uso del suelo y la planificación del desarrollo económico y urbano.

La sociedad, el causante del daño y el estado, constituyen los actores principales del trípede sobre el que se asienta el entramado de derechos y obligaciones a partir del cual se desentrañan las responsabilidades. En este respecto, cabe destacar que la Constitución Nacional Argentina no le asigna sólo el rol pasivo identificado con el simple goce del derecho a un ambiente sano, sino que le exige a su vez, la obligación de su preservación, en su Art. 41: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo”.

Por otra parte, la Ley General Argentina del Ambiente, n. 25.675, de 06 de noviembre de 2002, atribuye los “Presupuestos mínimos para el logro de una gestión sustentable y adecuada del ambiente, la preservación y protección de la diversidad biológica y la implementación del desarrollo sustentable de presupuesto mínimo”¹³⁴, y en su Art. 28 le impone al causante del daño ambiental la obligación de recomponerlo:

El que cause el daño ambiental será **objetivamente responsable** de su restablecimiento al estado anterior a su producción. En caso de que no sea técnicamente factible, la indemnización sustitutiva que determine la justicia ordinaria interviniente deberá depositarse en el Fondo de Compensación Ambiental que se crea por la presente [...] (grifos nuestros)

Sin embargo, si es cierto que la reparación es la forma más idónea para reparar el daño ambiental, la misma acarrea una serie de dificultades tanto en su planeamiento como en su ejecución. Entre ellas se puede encontrar el margen de discrecionalidad con que se cuenta a la hora de realizar las obras que recomponen el ambiente, o bien, la de encontrar y armonizar los diferentes criterios técnicos y científicos sobre la forma de llevar a cabo la reparación, y por último porque recomponer o remediar no es sencillo, lo que dificulta sobremanera volver las cosas

¹³⁴ Argentina. Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente. Boletín Oficial del Estado, 27 de noviembre de 2002. Disponible en la web «<http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf>». [14-03-2019].

ex ante, porque comúnmente no hay conocimientos científicos acerca de cómo era el entorno antes del daño ambiental.

Por fin, de la experiencia obtenida a través de la labor de la primera autora, realizada a nivel federal en Argentina, se sintetizan varios aspectos de interés para la continuidad de la investigación. Inicialmente, se puede afirmar que existe un tratamiento desigual respecto de la gestión de pasivos ambientales en cada Provincia, toda vez que su abordaje ha sido casuístico. Sólo a partir de la puesta en marcha del Programa para la Gestión Ambiental de Sitios Contaminados, por parte de la Autoridad Ambiental Nacional y producto del trabajo conjunto entre las provincias y la Nación, existe una herramienta metodológica unificada a nivel federal.

Respecto de la legislación existente, se advierten inconsistencias en las posibilidades concretas de cumplimiento, tales como la inexistencia de una línea de base a la que poder referir la recomposición del ambiente dañado, la dificultad de implementar el seguro ambiental con el alcance exigido por la Ley, la falta de constitución del Fondo de Compensación Ambiental, solo por mencionar algunos. Otro de los puntos importantes en la problemática de los pasivos más antiguos, consiste en la dificultad de identificación de los responsables del daño y por lo tanto, en la imposibilidad de exigirles la correspondiente reparación. Resulta evidente la carencia de un marco normativo específico que establezca los presupuestos mínimos de gestión y protección ambiental.

Finalmente, respecto del involucramiento y participación de la sociedad, se puede observar que se opera principalmente a través de denuncias y/o solicitudes de información pública en sede administrativa; en las instancias judiciales, en cambio, se produce a través de la acción de amparo (Art. 43 de la Constitución Nacional), cuya legitimación activa es amplia. Sin embargo, la participación ciudadana aparece escasa respecto de las etapas previas al inicio de la actividad industrial en general, a excepción de aquéllos temas que involucran una percepción social negativa, tales como la actividad minera, el tratamiento y disposición final de residuos peligrosos, proyectos que impliquen desarrollo industrial en áreas de pre-existencia de comunidades originarias, por ejemplo.

2. La responsabilidad por los pasivos ambientales y la definición de competencias en Brasil

El Estado Socioambiental de Derecho en Brasil, pautado en la garantía de derechos liberales, sociales y ecológicos¹³⁵, expresa la responsabilidad del individuo y del Poder Público ante las condiciones de existencia ambiental de la colectividad y de las generaciones futuras, en los términos del art. 225 de la Constitución Federal de 1988¹³⁶:

Art. 225. Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público ya la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones (traducido del original).

Con respecto al ordenamiento jurídico brasileño, el panorama de la responsabilidad socioambiental corresponde básicamente a las acciones que respetan el medio ambiente, siendo responsables los gobiernos, empresas y ciudadanos. Así, se tendrá el presupuesto de la existencia de tres especies de responsabilidad ambiental, contenidas en el art. 225, §3º, de la CF/88: penal, administrativa y civil, y, incluso, se puede hablar en cumulatividad de responsabilidades sin que se configure *bis in idem*¹³⁷.

En lo que se refiere a la posibilidad de reparación del daño ambiental causado por la colectividad, con sesgo en el principio de quien contamina paga, consubstanciado en el art. 4º, VIII, de la Ley 6.938/1981 (La Política Nacional del Medio Ambiente de Brasil), se tiene que "el contaminador que usa gratuitamente el medio ambiente para lanzar los contaminantes invade la propiedad personal de todos los demás que no contaminan, confiscando el derecho de propiedad ajena."¹³⁸ Además, el principio de que quien contamina paga, considerando vehementemente la limitación de los recursos medioambientales, impone a quienes los utilizan los costes derivados del enriquecimiento ilícito.

Es en este contexto que se puede justificar la utilización del principio de precaución, que genera responsabilidad para empresas públicas y privadas que

¹³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. Ed. São Paulo, 2012, p. 44-45.

¹³⁶ BRASIL. Constitución Federal de 1988, de 5 de octubre de 1988. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao». [22-02-2019].

¹³⁷ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 10ª ed. São Paulo, 2009.

¹³⁸ MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo, 2002, p. 51.

desempeñan actividades que utilicen los recursos naturales o que en ellos provoquen impactos. Ocurre que, distintamente del principio de la prevención (art. 225, caput; incisos I, IV, da Constitución Federal de Brasil de 1988), más que evitar daños que se sabe que pueden ocurrir, el principio de la precaución busca evitar cualquier riesgo de su ocurrencia. Se concluye, pues, que el postulado de la precaución pretende evitar cualquier riesgo al medio ambiente, aunque en caso de incertidumbre científica sobre su potencial de degradación.

Después de las aclaraciones sobre el principio de la precaución, se parte para la idea de responsabilización de carácter punitivo-pedagógico por daños ambientales. Se resalta que puede incidir sobre aquellos que causan la degradación del medio ambiente, pudiendo ser en la esfera civil (Ley 6.938/1981, art. 14, §1º), penal (Ley de Crímenes Ambientales – Ley 9.605/1998) o administrativa (otras normas, como las resoluciones del CONAMA - Consejo Nacional del Medio Ambiente), como antes mencionado.

En cuanto a la incidencia de la responsabilidad civil, ésta suele ser objetiva, es decir, no requiere comprobación de culpa; a medida que la responsabilidad penal ambiental es subjetiva, necesitando de comprobación para su constatación. Celso Antonio Pacheco Fiorillo establece que¹³⁹:

La distinción fundamental, traída por los adoctrinadores, está basada en un sopesado de valores, establecida por el legislador, al determinar que cierto hecho se contempla con una sanción penal, mientras que otro con una sanción civil o administrativa. Determinadas conductas, teniendo en cuenta su repercusión social y la necesidad de una intervención más severa del Estado, se erigieron a la categoría de tipos penales, sancionando al agente con multas, restricciones de derecho o privación de libertad. La penalidad de la persona jurídica fue uno de los avances traídos por la Constitución Federal de 1988 (traducido del original).

Se resalta, por lo tanto, que la reparación de los daños ambientales debe realizarse íntegramente y responsabilizar a todas las partes causantes, respetando el principio constitucional de la solidaridad, con el fulcro en los dispositivos siguientes: arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, de la Ley 6.398/1981 c/c o art. 942, del Código Civil de 2002.

Se concluye, pues, que en sentido amplio la responsabilidad por daños ambientales importa en el resarcimiento integral y en la posibilidad de arbitraje de sanciones penales. La reparación pecuniaria frente al daño ambiental sirve para restaurar el *status quo ante*, es decir, por intermedio de indemnización integral por

¹³⁹ FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 10ª ed. São Paulo, 2009, p. 144.

el daño causado a la víctima, objetiva restituir al máximo el estado en el que se encontraba antes de la incidencia del acto ilícito.

Cabe señalar que la víctima para la rama jurídico-ambiental corresponde a la colectividad, ya que, como derecho difuso, el derecho al medio ambiente pertenece a todos los integrantes del cuerpo social. En ese sentido, la compensación ambiental en el ámbito de la responsabilización civil objetiva se presenta como una reparación anticipada como consecuencia de posibles daños ambientales¹⁴⁰.

Es en ese sentido que el Superior Tribunal de Justicia divulgó 11 (once) tesis consolidadas en la corte sobre daño ambiental, entre las cuales está el entendimiento de que¹⁴¹:

La responsabilidad por daño ambiental es objetiva, informada por la teoría del riesgo integral, siendo el nexo de causalidad el factor aglutinante que permite que el riesgo se integre en la unidad del acto, siendo descebada la invocación, por la empresa responsable por el daño ambiental, de excluyentes de responsabilidad civil para apartar su obligación de indemnizar. (Tesis juzgada bajo el rito del artículo 543-C del CPC / 1973 - TEMA 681 y 707, letra a) (traducido del original).

A partir de la transcripción anterior, queda claro que el posicionamiento del Superior Tribunal de Justicia sobre daño ambiental está pautado en las nociones de responsabilidad objetiva, riesgo integral y en la imposibilidad de invocación de excluyentes de responsabilidad civil, no pudiendo ser excluida la obligación de indemnizar a quien, de alguna manera, dio causa al daño.

En contrapunto, sobre la responsabilidad civil del Estado brasileño, la CRFB, en su art. 37, §6º, adoptó la teoría objetiva, bajo la modalidad del riesgo administrativo. Además, el art. 43 del Código Civil de 2002 establece que las personas jurídicas de Derecho Público interno son civilmente responsables por actos de sus agentes que causen daños a terceros, salvo el derecho de retorno.

Se observa que, para ello, debe comprobarse el nexo de causalidad, o sea, la teoría del riesgo administrativo permite el alejamiento de la responsabilidad del Estado en los casos en que no se dio causa al daño: hecho exclusivo de la víctima o de tercero, caso fortuito o fuerza mayor. Se resalta, sin embargo, que el STJ adopta entendimiento diverso en lo que se refiere al daño ambiental, ya que, como

¹⁴⁰ BRAGA, Luiz Felipe Nobre. A Responsabilidade do Estado por dano ambiental à luz da jurisprudência e do pós-positivismo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 72, jan, 2010.

¹⁴¹ Superior Tribunal de Justiça divulga 11 teses sobre dano ambiental. 2019. Disponible en la web «<https://www.conjur.com.br/2019-fev-25/superior-tribunal-justica-divulga-11-teses-dano-ambiental>». [26-02-2019].

se ha abordado anteriormente, se ha posicionado favorablemente a la teoría del riesgo integral.

Finalmente, con relación al escrutinio y gestión de los pasivos ambientales por los entes federativos brasileños, cabe mencionar el papel del IBAMA en este proceso. En Instrucción Normativa relativamente reciente, editada bajo el número 08/2019¹⁴², se pasó a regular la delegación de la competencia administrativa para la gestión ambiental, en sentido general, a los estados y municipios.

En este punto, cabe destacar que la posibilidad de delegación de la actividad administrativa en materia ambiental ya existe en la legislación desde hace 20 años. La Ley Federal 9.784/1999, que regula el proceso administrativo ya previó expresamente la posibilidad de esa delegación en sus arts. 11 a 17. De forma más específica y orientada a las cuestiones relativas al medio ambiente y al licenciamiento ambiental, la Ley Complementaria 140/11 también previó esta posibilidad¹⁴³:

Art. 5º. El ente federativo podrá delegar, mediante convenio, la ejecución de acciones administrativas a él atribuidas en esta Ley Complementaria, siempre que el ente destinatario de la delegación disponga de órgano ambiental capacitado para ejecutar las acciones administrativas a ser delegadas y de consejo de medio ambiente (traducido del original).

Para que ocurra la delegación es necesario el cumplimiento de algunos requisitos. El primero de ellos es que el ente delegante quiera delegar (por un análisis de oportunidad y conveniencia) y que el órgano delegado quiera, también tras un análisis de oportunidad y conveniencia, recibir esa incumbencia (recordando que la competencia administrativa en materia ambiental es común, no existe, por lo tanto, jerarquía entre los órganos ambientales municipales, estatales y el federal). Por lo tanto, debe existir (i) legalidad (previsión en la ley); (ii) publicidad (amplia e irrestricta); (iii) parcialidad (un órgano no puede delegar todas las funciones que posee, pero sólo parte de ellas); (iv) especificidad (qué actividades se están delegando); (v) revocabilidad (norma que permita la revocación de la delegación); y (vi) motivación (justificar los motivos que lo motivaron a hacer la delegación).

La Instrucción Normativa innovó cuándo, en su art. 2º, §§ 2º y 3º, pretendió resolver la situación que ciertamente genera el mayor número de proposición de acciones judiciales cuestionando los licenciamientos ambientales en el país: la

¹⁴² BRASIL. Instrução Normativa IBAMA nº 8, de 20 de fevereiro de 2019. Disponible en la web «http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65393173/do1-2019-02-28-instrucao-normativa-n-8-de-20-de-fevereiro-d-». [20-02-2019].

¹⁴³ BRASIL. Lei complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm». [20-02-2019].

competencia para conducir no sólo ese proceso, más que también puede ser interpretada con relación a la competencia para gestionar los pasivos ambientales de acuerdo con el área atingida. Siguen las normas mencionadas:

§ 2º En casos de controversia judicial o extrajudicial en cuanto a la competencia para el licenciamiento, cuyo deslinde pueda causar mora administrativa, podrá el IBAMA realizar la delegación cautelar del licenciamiento ambiental al Órgano Estadual del Medio Ambiente (OEMA) o al Órgano Municipal del Medio Ambiente (OMMA), aunque no se entienda, a priori, competente, de conformidad con el artículo 7 de la Ley Complementaria nº 140/2011.

§ 3º La delegación cautelar subsistirá hasta el deslinde final de la controversia, convirtiéndose, en definitiva, si se define la competencia del IBAMA, o perderá su objeto, en el caso entendido que la OEMA o el OMMA posee la competencia para el licenciamiento (traducido del original).

No es razonable, pues, que la discusión sobre competencia haga que un proceso de licenciamiento ambiental o la responsabilización por la gestión de un pasivo ambiental quede paralizado por años, la espera de una resolución sobre una discusión judicial para definir qué órgano (si federal, estatal o municipal) debe conducir un proceso administrativo. Esto es porque las normas de protección ambiental y los parámetros a ser utilizados son los mismos, independientemente del órgano que conduzca el proceso. De esa forma, cuando un órgano técnico acepta que posee competencia y el otro órgano técnico asume que no la posee, no se muestra razonable que el órgano de control y / o el Poder Judicial diverja de ello.

A partir de esta Instrucción Normativa, por lo tanto, si esa situación paradójica ocurre, espera que se tenga el efecto práctico de que el IBAMA pase a hacer la delegación cautelar del licenciamiento ambiental. Así, independientemente del desenlace de la acción judicial, el licenciamiento de la actividad continuará ocurriendo con todo el rigor técnico en el órgano en que ya se había iniciado.

Se espera, además, que esta medida no sea un salvo conducto para "escojer" el órgano a licenciarse, sino una solución legal, inteligente y efectiva para una discusión política y jurídica que permea la conducción de la gestión ambiental en Brasil con relación a la claridad sobre la definición del ente estatal para gestionar los pasivos ambientales.

Además, con relación a la determinación de competencias sobre gestiones medioambientales establecidas pelo ordenamiento de Brasil, destacase que la IN 08/2019, ya mencionada, se pone de manifiesto la plena condición del IBAMA de mantener el control muy próximo al procedimiento de licenciamiento conducido por el Órganos estatales y municipales de medio ambiente delegados. El reparto de competencias ambientales a partir de esta IN y del modelo de Federalismo

Cooperativo en que el ordenamiento jurídico se establece, se puede percibir que está perfectamente dentro de la legalidad, pues que meramente disciplina el procedimiento para esa delegación de competencia, otorgando más transparencia y seguridad jurídica al proceso.

Por fin, en lo que se refiere a la participación ciudadana, en la forma del art. 225 de la CRFB, es un deber del Estado y de toda la colectividad garantizar el mantenimiento de la sana calidad de vida y del medio ambiente ecológicamente equilibrado. En fin, para que haya efectividad en el cumplimiento de esa orientación, se evidencian diversas normas que enfocan en la utilización de herramientas de participación e integración, por medio de políticas de educación ambiental, por ejemplo, así como con el desarrollo de una gestión ambiental estratégica, orientada hacia una visión sistémica y holística de la planificación urbanística y ambiental. El gran desafío reside en el hecho de que, en términos prácticos, la participación social en cuestiones ambientales sigue siendo muy insipiente.

CONCLUSIÓN

Puede concluirse que, tanto en Argentina como en Brasil el abordaje de la gestión de pasivos ambientales posee varias facetas: sociales, económicas, políticas y culturales, que implican gestión pública, algunas veces con involucramiento de distintas esferas de gobierno y gestión privada. Los regímenes de responsabilidad resultan similares en ambos casos, diferenciándose los ámbitos civiles, penal y administrativo, con sus particularidades.

Se observa la necesidad de dotar de mayor eficacia a la legislación existente, a los efectos de impulsar el cumplimiento de las obligaciones y evitar dilaciones en la implementación de herramientas preventivas que permitan equilibrar el principio “contaminador/pagador” que conllevan las sanciones ambientales; asimismo, resulta indispensable impulsar herramientas que permitan ampliar la participación de la sociedad en la génesis de los conflictos ambientales.

Resulta indispensable en el caso de Argentina, desarrollar un marco legislativo que contemple el umbral básico para la gestión de pasivos ambientales a nivel federal, sin afectar a las jurisdicciones locales en sus potestades, resultante del consenso de la Autoridades Ambientales a través del Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA).

En el caso de Brasil, teóricamente, de acuerdo con los aspectos abordados, se puede concluir que la responsabilidad socioambiental corresponde a acciones que respetan el medio ambiente ya políticas que tengan como uno de los objetivos la sustentabilidad. Como se puede extraer del caput del art 225. de la CRFB, la

defensa y preservación del medio ambiente es deber de todos: gobiernos, empresas y ciudadanos. Se resalta también que el párrafo 3° de dicho dispositivo prevé tres especies de responsabilidad ambiental: penal, administrativa y civil; y, incluso, hablar en cumulatividad de responsabilidades sin que se configure *bis in idem*, como ya mencionado. Por último, basado en el principio de que quien contamina paga, el postulado de la precaución se desarrolló con la pretensión de evitar cualquier riesgo al medio ambiente, aunque en caso de incertidumbre científica sobre su potencial de degradación.

Además, la IN IBAMA 08/2019, recién publicada, crea una dirección para el aclaramiento de las cuestiones relacionadas a la competencia de los entes federativos. En resumen, se recomienda esperar y observar los resultados de este procedimiento. Con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico de Brasil, se puede concluir que constituye un cuerpo de reglas avanzadas en materia de responsabilidad medioambiental, pero que carece de efectividad en muchos aspectos.

En vista de todo lo expuesto, basándose en las explicaciones desarrolladas acerca de las modalidades de responsabilidad por daños en materia ambiental, se puede concluir que la reparación de los daños ambientales importa en el resarcimiento pecuniario integral y en la responsabilización de todas las partes causantes. En este sentido, la responsabilidad socioambiental, pautada en los valores de solidaridad y de desarrollo sostenible, debe permear la actuación del administrador público, para que la definición de competencias produzca el efecto necesario de garantizar la eficacia de la gestión de los pasivos medioambientales en ambos países.

Con el desarrollo de este estudio, de este modo, fue posible profundizar el estudio de la gestión de pasivos ambientales en la perspectiva de la función pública, así como analizar, aunque en términos generales, las cuestiones relacionadas con la responsabilidad, a fin de proporcionar herramientas que nos permitan repensar la a la luz de una visión proactiva e innovadora capaz de colaborar en el desarrollo de estrategias, convirtiéndose en un insumo para la toma de decisiones y la posibilidad de efectiva responsabilización ambiental.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argentina. Ley N° 25.675, Ley General del Ambiente. Boletín Oficial del Estado, 27 de noviembre de 2002. Disponible en la web «<http://www.opds.gba.gov.ar/sites/default/files/LEY%2025675.pdf>». [14-03-2019].

Argentina. Código Civil y Comercial de la Nación, Ley n.º 26 994, de 7 de octubre de 2014. Disponible en la web «<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>». [22-02-2019].

BRAGA, Luiz Felipe Nobre. A Responsabilidade do Estado por dano ambiental à luz da jurisprudência e do pós-positivismo. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIII, n. 72, jan, 2010.

Brasil. Constitución Federal de 1988, de 5 de octubre de 1988. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao». [22-02-2019].

Brasil. Ley n. 10.406, de 10 de enero de 2002. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm». [22-02-2019].

Brasil. Lei complementar n.º 140, de 8 de dezembro de 2011. Disponible en la web «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp140.htm». [20-02-2019].

Brasil. Instrução Normativa IBAMA n.º 8, de 20 de fevereiro de 2019. Disponible en la web «http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZC2Mb/content/id/65393173/do1-2019-02-28-instrucao-normativa-n-8-de-20-de-fevereiro-d». [20-02-2019].

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 10ª ed. São Paulo, 2009.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. Direito ambiental brasileiro. São Paulo, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 2. Ed. São Paulo, 2012.

STOCO, Rui. Tratado de Responsabilidade Civil. 6ª Edição, São Paulo, 2007.

Superior Tribunal de Justiça divulga 11 teses sobre dano ambiental. 2019. Disponible en la web «<https://www.conjur.com.br/2019-fev-25/superior-tribunal-justica-divulga-11-teses-dano-ambiental>». [26-02-2019].

UNIVERSIDADE COMO ESPAÇO DE DISCUSSÃO CRÍTICA SOBRE O ENSINO JURÍDICO: um olhar a partir das teorias feministas do Direito

MONICA, Eder Fernandes

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais (PPGSD/UFF)
ederfm@id.uff.br

OLIVEIRA, Natália Caroline Soares de

Doutoranda em Direito, Instituições e Negócios
(PPGDIN/UFF)
natoliveira88@gmail.com

COLEN, Karen de Sales

Doutoranda em Ciências Jurídicas e Sociais
(PPGSD/UFF)
karencolen@hotmail.com

RESUMO

O objetivo desse trabalho é analisar como o ensino jurídico, na esfera pública universitária, pode se transformar em um instrumento de comunicação crítica sobre o Direito, refletindo-se a partir de alguns aspectos advindos das Teorias Feministas do Direito. Considerando que a esfera pública é uma rede de comunicação de conteúdo e tomadas de decisão, a universidade pode atuar como um espaço de transformação e emancipação social. Portanto, partindo da dicotomia público/privado, não bastaria o aumento do número de mulheres no ensino superior, mas a adoção de uma perspectiva feminista para discutir o método, a metodologia e a epistemologia, compreendendo as mulheres como agentes do conhecimento.

Palavras-chave: Dicotomia entre esferas; Esfera pública universitária; Ensino jurídico; Teorias Feministas do Direito; Epistemologia feminista.

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es analizar cómo la enseñanza jurídica, en la esfera pública universitaria, puede transformarse en un instrumento de comunicación crítica sobre el Derecho, reflejándose a partir de algunos aspectos provenientes de las Teorías Feministas del Derecho. Considerando que la esfera pública es una red de comunicación de contenido y toma de decisiones, la universidad puede actuar como un espacio de transformación y emancipación social. Por lo tanto, partiendo de la dicotomía público/privado, no bastaría el aumento del número de mujeres en la enseñanza superior, sino la adopción de una perspectiva feminista para

discutir el método, la metodología y la epistemología, comprendo a las mujeres como agentes del conocimiento.

Palabras clave: Dicotomía entre esferas; Esfera pública universitaria; Enseñanza jurídica; Teorías Feministas del Derecho; Epistemología feminista.

ABSTRACT

The objective of this work is to analyze how legal education in the public sphere of the university can become a tool for critical communication about the Law, reflecting from some aspects arising from Feminist Law Theories. Considering that the public sphere is a network of content communication and decision making, the university can act as a space for transformation and social emancipation. Therefore, starting from the public/private dichotomy, it would not be enough to increase the number of women in higher education, but the adoption of a feminist perspective to discuss method, methodology and epistemology, I understand women as agents of knowledge.

Keywords: Dichotomy between spheres; University public sphere; Legal education; Feminist Legal Theories; Feminist epistemology.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. VISÃO CRÍTICA FEMINISTA SOBRE A CIÊNCIA E O ENSINO JURÍDICOS; 2.1. Método, metodologia e epistemologia feministas; III. PÚBLICO X PRIVADO: TEORIAS FEMINISTAS COMO CRÍTICA DESSA DICOTOMIA; 3.1. O conceito habermasiano de esfera pública e as principais críticas feministas; IV. PENSANDO A UNIVERSIDADE COMO ESPAÇO PÚBLICO DE TRANSFORMAÇÃO: O GÊNERO COMO VIÉS QUESTIONADOR; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

As investigações feministas ao longo de décadas vêm desafiando e questionando os principais estudos sociais tradicionais acerca das análises feitas sobre os homens e as mulheres e a vida social em conjunto. Contudo, uma das mais destacadas confusões dentro da produção de conhecimento é a diferenciação entre método, metodologia e epistemologia. Uma das perguntas que muitas autoras e autores realizam é sobre a existência de um método de investigação feminista, como é realizada essa metodologia feminista, e quais são as bases que as sustentam?

Para uma sociedade sem opressões relacionadas ao gênero, deve-se observar que as mulheres ali inseridas não sofrem somente com questões de gênero,

mas também outras opressões como racismo, lesbofobia, transmisoginia. O feminismo se molda e reflete as necessidades das mulheres, ele é questionador e também produtor de conhecimento, já que ao questionar as categorias analíticas tradicionais também propõe métodos, metodologias e uma nova forma de saber diferente dos tradicionais.

Um importante debate¹⁴⁴ sobre esfera pública desenvolvido por Jürgen Habermas permite refletir sobre a constituição da opinião pública e a formação institucionalizada da opinião e da vontade. Nesse sentido, pode-se considerar a universidade enquanto um espaço de comunicação sobre questões de interesses comuns entre agentes diretamente ou indiretamente envolvidos, uma vez que a tomada de decisões, formação de opinião e teorias se faz também dentro do espaço universitário. Assim, sendo uma rede de comunicação, a universidade pode contribuir para a construção de grupos de pesquisa, diretórios e centros acadêmicos, bem como para o diálogo entre discentes e docentes acerca das temáticas discutidas em salas de aula. Portanto, constitui um espaço de transformação e emancipação social.

Partindo dessas informações, o objetivo desse trabalho é analisar como o ensino jurídico, na esfera pública universitária, pode se transformar em um instrumento de comunicação crítica sobre o Direito, refletindo-se a partir de alguns aspectos advindos das Teorias Feministas do Direito. Considerando que a esfera pública é uma rede de comunicação de conteúdo e tomadas de decisão, a universidade pode atuar como um espaço de transformação e emancipação social. Portanto, partindo da dicotomia público/privado, não bastaria o aumento do número de mulheres no ensino superior, mas a adoção de uma perspectiva feminista para discutir o método, a metodologia e a epistemologia, compreendendo as mulheres como agentes do conhecimento.

II. VISÃO CRÍTICA FEMINISTA SOBRE A CIÊNCIA E O ENSINO JURÍDICOS

¹⁴⁴ Habermas realizou sua tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Filosofia de Marburg e publicada, na década de 1960, como “Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa (Traduzido do original alemão: Strukturwandel der Öffentlichkeit). Nela podemos encontrar de forma mais detalhada o desenvolvimento do seu pensamento acerca da esfera pública e opinião pública.

Da trajetória e atuação do movimento feminista nas suas mais variadas vertentes¹⁴⁵ podemos extrair uma preocupação comum: a superação da subordinação da mulher ou em outras palavras, como podemos superar a desigualdade e a exclusão baseadas no gênero? Esse questionamento é o ponto inicial para uma análise crítica das diferentes esferas do conhecimento. O gênero, desta forma, pode ser o fio condutor para análises da sociedade, sejam econômicas, sociais ou políticas.

Embora o feminismo tenha surgido como um movimento político, que em um primeiro momento buscava a igualdade de direitos formais, como o direito ao voto e acesso à educação, ao longo de sua trajetória passou por mudanças tanto nas pautas de reivindicação, quanto no caráter teórico-científico.¹⁴⁶ O olhar que o feminismo trouxe em relação a subordinação das mulheres possibilitou um questionamento não só às políticas que deveriam ser reformuladas, mas também àquelas teorias políticas que estruturaram e formaram as sociedades, em especial, as sociedades democráticas ocidentais.

Ao utilizarmos o gênero como questionador de categorias analíticas, percebemos que não só os aspectos formais relacionados às leis e a política, por exemplo, são excludentes, mas também a própria construção do conhecimento científico. As dicotomias que cercavam as questões sobre a masculinidade e a feminilidade foram um dos principais pontos criticados pelas feministas em relação ao modelo conceitual da ciência moderna. Sandra Harding em seu artigo *A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista*¹⁴⁷, destaca que essa dicotomia “reaparece de modo complexo e ambíguo em outras oposições nucleares para o pensamento ocidental moderno: razão e paixões ou emoções; objetividade e subjetividade; mente e corpo, intelecto e matéria física; abstrato e concreto; público e privado”¹⁴⁸.

¹⁴⁵ Dentre as vertentes feministas, podem-se mencionar: liberal, cultural ou da diferença, negro, pós-moderno ou pós-estruturalista, socialista ou marxista e radical, por exemplo.

¹⁴⁶ Descrevemos esse processo por meio de dados coletados, em especial, na obra da historiadora e professora Celi Regina Jardim Pinto, PINTO, C. “Uma história do feminismo no Brasil,” Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2003.

Ver também PINTO, C. “Feminismo, história e poder”. Revista Sociologia Política, Curitiba, 2010, v. 18, n. 36, pp. 15-23. E uma coletânea dos principais textos de importantes autoras feministas, que pode ser encontrado em:

MIGUEL, L. F. & BIROLI, F. (organização). “Teoria política feminista: textos centrais”. Vinhedo, Belo Horizonte, 2013.

¹⁴⁷ HARDING, S. “A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista”. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 1993, pp. 7-31.

¹⁴⁸ HARDING, S. “A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista”, cit. p. 24.

O problema apontado pelas feministas é que tanto na ciência quanto na sociedade, aquilo que se relaciona ao feminino sofre uma desvalorização e subjugação em relação aos aspectos masculinos. Reflexos desses questionamentos são facilmente percebidos quando discutimos sexo e gênero, bem como o determinismo biológico e a produção de conhecimento que o cerca, como no caso da etologia, antropologia, endocrinologia, sociobiologia e outros ramos do conhecimento que apontam as diferenças de gêneros como sendo consequências das diferenças sexuais e/ou biológicas.

Os estudos de gênero possuem papel essencial nessas discussões, não só por serem o seu ponto inicial, mas por explicitar as condições de opressão e exclusão em que as mulheres foram e ainda são submetidas. O debate gerado por esses questionamentos é essencial para que se possa conduzir uma pesquisa sólida e não excludente, já que o debate sobre gênero não pode se basear somente nas evidências socioculturais, mas deve também ter amparo e diálogo com as ciências naturais.

O Direito enquanto ciência apresenta também aspectos discriminatórios e excludentes, embora em sua essência liberal apresente como ideal o caráter neutro do Estado, que atenda aos princípios de igualdade e imparcialidade. O problema é que esses aspectos de fato não são atendidos. A análise de sentenças, de leis e da própria representatividade no judiciário, já nos revela a parcialidade, a ambiguidade e a discriminação em relação ao gênero. Autoras como Carol Smart¹⁴⁹, Frances Olsen¹⁵⁰, Alessandra Facchi¹⁵¹ e Isabel Jaramillo¹⁵² fizeram importantes análises em relação ao gênero e ao Direito, e assim como existe uma diversidade dentro do movimento feminista, existem também diferentes formas de entender a função e atuação do Direito. No presente artigo, nos concentraremos na importância da discussão e do olhar crítico do feminismo para o Direito.

A investigação feminista está vinculada com a teoria política e a busca pela justiça social. Ao realizarmos uma análise nas relações de poder dentro da produção de conhecimento, em especial o Direito, podemos realizar de forma mais clara uma crítica tanto à construção do saber jurídico, quanto ao caráter emancipador

¹⁴⁹ SMART, C. “La teoría feminista y el discurso jurídico”. In.: BIRGIN, Haydée. El derecho en el género y el género en el derecho. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 31-71.

¹⁵⁰ OLSEN, F. “El sexo del derecho”. In RUIZ, Alicia E. C. (comp.). Identidad femenina y discurso jurídico. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 25-42.

¹⁵¹ FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido”. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 3, número 6. Buenos Aires, 2005, pp.24-47

¹⁵² JARAMILLO, I. “La crítica feminista al derecho”. In.: WEST, R. Género y teoría del derecho. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Unian-des, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp.103-133.

que as discussões dentro do âmbito universitário podem nos proporcionar. Tornar visíveis as atividades e as relações sociais das mulheres nos diferentes âmbitos das tradições intelectuais é incorporar a perspectiva da mulher aos contextos críticos e emancipatórios. A pesquisa e a produção do saber feminista não representam a substituição de um subjetivismo pelo outro, mas sim “a transcendência de todo gênero”.¹⁵³

Ao realizarmos uma releitura feminista das principais categorias analíticas do saber, devemos levar em consideração a necessidade de uma representação dessas mulheres, tanto em relação a presença como em suas experiências. Um desdobramento das pesquisas feministas da segunda onda¹⁵⁴ é a Teoria do Ponto de Vista, que “procura reverter à atribuição e [garantir] o privilégio epistêmico àqueles em posições subordinadas e socialmente não-privilegiadas”¹⁵⁵. São os relatos e as perspectivas daqueles que são marginalizados e foram silenciados, que questionam a produção do conhecimento parcial e dito universal. O problema que essa teoria pode apresentar é o fato de não existir uma posição de não-interesse, já que aquele que ocupa o ponto de vista possui seus interesses e demandas definidas, ou seja, sempre haverá um ponto de vista influenciado por aspectos particulares de seus representantes, como a raça, o gênero, a classe e outros marcadores.

Para Longino, ocorre um círculo vicioso, pois se “somente um ponto de vista puder ser epistemologicamente autoritário, esse ponto de vista deverá ser identificado. Tal identificação, no entanto, exigirá uma investigação social precedente da avaliação de um ponto de vista, e sujeita a avaliação”¹⁵⁶. Existe um impasse importante em relação a essa teoria, e aos aspectos sociais e históricos dos sujeitos, pois são eles que levam a um ponto de vista sempre condicionado pela nossa própria subjetividade. A busca por um “ponto de vista” menos distorcido e mais objetivo pode levar a um discurso persuasivo, que afirme só haver um modo de entender e descrever as coisas. Essa estratégia parece empurrar as inovações apresentadas pela teoria feminista ao pensamento epistemológico convencional.

¹⁵³ HARDING, “A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista”, cit. p. 13.

¹⁵⁴ A divisão do feminismo por ondas é uma maneira que algumas autoras e alguns autores utilizam para especificar um período de mudanças e transformações históricas tanto nas reivindicações, quanto nas influências sócio-políticas e econômicas no movimento feminista. A segunda onda, de uma forma geral, foi marcada pela luta contra a opressão da mulher, a busca por direitos reprodutivos e a liberdade sexual. Para uma interessante discussão sobre a segunda onda e as esferas econômica e política ver FRASER, N. “Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação”. *Estudos Feministas*, Florianópolis, 2007, pp. 291-308.

¹⁵⁵ LONGINO, H. E. “Epistemologia feminista”. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*, Edições Loyola, São Paulo, 2008, p. 525.

¹⁵⁶ LONGINO. “Epistemologia feminista”. cit. p. 526.

Para Chantler e Burns, a pesquisa feminista possui um importante campo epistemológico e ontológico, que ainda pode se dividir basicamente em quatro diferentes metodologias de pesquisa: a) pesquisa feminista crítica, b) pesquisa fundamentada na experiência das mulheres, c) reflexividade e d) a ética do cuidado. De forma sucinta, a pesquisa crítica é aquela que objetiva o relativismo, já que esse não condiz com as diferentes realidades e a relação de poder que subordinam e excluem as mulheres. Essa metodologia busca enfoques críticos que situem as diferentes realidades dentro de um contexto social e político. Já a pesquisa baseada na experiência das mulheres é, como vimos, uma forma de dar “voz” àquelas que foram silenciadas, uma maneira de relacionar quem deve ter “voz”. É a contextualização social e política que pode “ajudar a afastar as tendências individualistas associadas às experiências e tornar possível uma multiplicidade de vozes – inclusive vozes marginalizadas em grupos oprimidos”¹⁵⁷. A reflexividade está mais relacionada com uma metodologia que questiona a noção de pesquisa objetiva, neutra e independente de valores, sendo a subjetividade o ponto central dessa linha metodológica. Por fim, a ética do cuidado se relaciona com a aproximação entre o pesquisador e os participantes da pesquisa. São as afinidades e as vivências que os aproximam, algo muito comum nas pesquisas feministas. A problemática em torno dessa pesquisa é a diversidade e a multiplicidade das variáveis, além do surgimento de diferentes identidades.

Vimos até aqui, algumas das possíveis metodologias dentro de uma pesquisa feminista, mas assim como outros modos de pesquisa, existem diferentes metodologias a serem adotadas, dependendo do foco e da área do conhecimento que serão trabalhados. Adiante abordaremos uma importante consideração que gira em torno da produção de conhecimento feminista: o método, a metodologia e a epistemologia.

2.1. Método, metodologia e epistemologia feministas

O gênero enquanto categoria analítica desafiou os conceitos e as teorias tradicionais, possibilitando um novo olhar para os estudos e a realidade social. Afirmamos também a importância do olhar crítico feminista nas esferas do conhecimento e do potencial questionador do movimento feminista. No entanto, a

¹⁵⁷ CHANTLER, K.; BURNS, D., “Metodologias feministas”. In: SOMEKH, Bridget; LEWIN, Cathy (orgs.). Teoria e Métodos de Pesquisa Social. Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, p. 113.

principal pergunta que fazemos é: como realizar ou utilizar esse “método feminista” nas diferentes áreas do conhecimento e, em específico, no Direito?

Sandra Harding, em seu texto *¿Existe un método feminista?*¹⁵⁸, faz uma importante diferenciação entre método, metodologia e epistemologia e afirma haver uma confusão entre esses procedimentos quando falamos em investigação feminista. O método são as técnicas de compilação das informações; a metodologia são as teorias e análises dos procedimentos de investigação, como os quatro apresentados no tópico anterior (crítica, ética do cuidado, reflexividade e experiência); já a epistemologia são as questões relacionadas com teorias do conhecimento adequado ou com estratégias de justificação do conhecimento.

Essa diferenciação se faz necessária, pois dentro dos estudos feministas existe o problema em se usar a palavra “método” como englobante de metodologia, método e epistemologia. Para Harding, isso gera uma confusão em algumas teorias e dificulta as tarefas necessárias para impulsionar a investigação feminista. O enquadramento desses estudos como um simples método acaba por dificultar a difusão e a propagação desses conhecimentos, como argumentado por diferentes feministas, pois:

as epistemologias tradicionais excluem sistematicamente, com ou sem intenção, a possibilidade de que as mulheres sejam sujeitos ou agentes do conhecimento, sustentam que a voz da ciência é masculina e que a história foi escrita desde o ponto de vista dos homens (dos que pertencem à classe e raça dominantes; expõem que sempre se pressupõem que o sujeito de uma oração sociológica tradicional é homem). É por isso que propuseram teorias epistemológicas alternativas que legitimam as mulheres como sujeitos de conhecimento.¹⁵⁹

Essa ausência assinalada pelas feministas nos diferentes âmbitos de pesquisa é de fato prejudicial, principalmente, para as análises parciais, as distorções do gênero e as atividades sociais das mulheres, pois durante um longo período, somente as atividades desempenhadas pelos homens eram realmente consideradas importantes. Os trabalhos desenvolvidos pelas feministas ou aqueles com uma abordagem feminista, demonstram a resistência permanente em relação à dominação masculina. A busca por desvelar a verdade ou dar outro olhar para fatos e teorias é transcender as tradições do conhecimento humano, que por muitas vezes desconsiderou os estudos multiculturais, pós-coloniais e feministas. Para Harding,

¹⁵⁸ HARDING, S. “¿Existe un método feminista?”. In: *Feminism and Methodology*. Indiana University Press, 1987.

¹⁵⁹ HARDING, S. “¿Existe un método feminista?”. cit. p.14.

poucos que hoje refletem sobre a imensa diversidade de ontologias, epistemologias, e métodos que caracterizam as chamadas ciências modernas, sem mencionar as muitas outras tradições da C&T que contribuíram para o acúmulo do conhecimento humano, admitiriam essa tese de unidade da ciência em suas formas mais restritivas¹⁶⁰.

Desta forma, pensar como funciona uma investigação feminista é pensar em quem a realiza, como a realiza e o seu porquê. Como nas metodologias apresentadas, a interação através de experiências femininas é um indicativo da nossa própria realidade, bem como um exame crítico das fontes do poder social. Essa familiaridade e reflexividade por parte das pesquisadoras, seja pelo gênero, raça ou classe, faz parte de uma construção do saber que evidencia os aspectos empíricos dos argumentos e as análises críticas das investigações. Assim, as pesquisas feministas, além de demonstrarem como aplicar a teoria científica nas investigações sobre mulheres e o gênero, também podem promover características epistemológicas, já que envolvem teorias do conhecimento diversas daquelas utilizadas tradicionalmente.

Ao longo dos anos, autoras e autores utilizaram do olhar crítico do feminismo para reformularem, questionarem ou criarem suas próprias teses e questões sobre a realidade em que vivemos. Dentro das discussões sobre a realidade sócio-política, os aspectos relacionados aos espaços público e privado são um dos principais pontos de influência do pensamento feminista. Assim, considerando que o argumento sobre a exclusão da mulher da esfera pública pode orientar a discussão sobre a forma tradicional de produção do conhecimento científico, veremos como o gênero pode ser utilizado como categoria de análise crítica.

III. PÚBLICO X PRIVADO: TEORIAS FEMINISTAS COMO CRÍTICA DESSA DICOTOMIA

Carole Pateman realizou um importante questionamento acerca da dicotomia público-privado, utilizando-se principalmente da tensão existente entre o liberalismo e o patriarcado. Em seu livro *Contrato Sexual*¹⁶¹, a autora nos apresenta uma importante discussão ao afirmar que o contrato social das teorias

¹⁶⁰ HARDING, S. “Gênero, democracia e filosofia da ciência”. RECIIS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde, v.1, n.1, Rio de Janeiro, 2007, p. 167.

¹⁶¹ PATEMAN, C. “O contrato sexual”. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1993.

contratualistas, que fundamentam a ideia de Estado moderno, é também um contrato sexual. Assim, as características ligadas a um ser humano universal dotado de direitos e liberdades estariam relacionadas às características e atributos masculinos. Partindo desta concepção, as teorias sobre o contrato social jamais estenderam sua doutrina da liberdade e da igualdade universal às mulheres. Diversos teóricos políticos discutiram tanto a esfera pública como a privada, afirmando existir uma diferenciação tanto na atuação, como nos princípios aplicados a elas. O problema encontrado por Pateman e outras feministas é em relação à esfera doméstica, a qual não se encontra nem no conceito de público, nem no privado. O espaço familiar encontra-se esquecido na discussão liberal. A divisão do trabalho doméstico pregada pela política liberal nos revela uma igualdade meramente formal, pois as características e as funções destinadas às mulheres são, em sua maioria, inferiores àquelas ligadas ao masculino ou ao cultural.

Uma importante expressão vem ao longo de décadas levantando e reafirmando essa discussão entre o público e o privado e os diferentes feminismos: “o pessoal é político”. Essa afirmação, segundo Okin¹⁶², está “na raiz das críticas feministas à convencional dicotomia liberal público/doméstico”. A tensão em torno do papel da mulher no âmbito doméstico e a divisão sexual do trabalho sempre estiveram presentes nas discussões feministas. A expressão o “pessoal é político” acabou por ser o cerne das discussões acerca da desigualdade e da segregação que as mulheres sofriam nos âmbitos público e privado, bem como da subordinação dela resultante. Okin destaca o que algumas feministas queriam dizer com essa expressão:

o que acontece na vida pessoal, particularmente nas relações entre os sexos, não é imune em relação à dinâmica de poder, que tem tipicamente sido vista como a face distintiva do político. E nós também queremos dizer que nem o domínio da vida doméstica, pessoal, nem aquele da vida não-doméstica, econômica e política, podem ser interpretados isolados um do outro¹⁶³.

Embora existam diferentes formas de feminismo, o liberalismo possui uma relação direta com alguns discursos feministas e suas diferentes demandas. As primeiras reivindicações, nas quais o feminismo de uma forma geral concentrou seus argumentos, como o sufrágio universal, acesso à educação, a participação e igualdade de direitos, são questionamentos referentes à dicotomia público/privado. A esfera pública não foi construída somente como uma ideia liberal de

¹⁶²OKIN, S. M. “Gênero, o público e o privado”. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, 2008, p. 312.

¹⁶³ OKIN. “Gênero, o público e o privado”. cit.p. 314.

igualdade, pois nela também podemos observar as mais profundas raízes históricas da desigualdade, que certamente silenciaram as mulheres e as excluíram das principais decisões. Essa diferenciação entre esfera pública e privada não significa que ambas atuem de formas distintas. Pelo contrário, nelas podemos notar uma influência direta, tanto em decisões políticas, como na própria manutenção da autonomia privada.

O debate levantado pelas feministas ao longo de anos sobre os equívocos e as desigualdades oriundos da dicotomia público/privado traz evidências de que essa estrutura legitima a subordinação e a diferenciação de gênero na sociedade, a fim de reafirmar o sistema patriarcal ainda existente. Portanto, a distinção liberal entre público e doméstico pode ser considerada ideológica, pois, segundo afirmam as teorias feministas, ela “apresenta a sociedade a partir de uma perspectiva masculina tradicional baseada em pressupostos sobre diferentes naturezas e diferentes papéis naturais de homens e mulheres”¹⁶⁴, não servindo, assim, como um conceito central para uma teoria política que tenha como objetivo incluir, de forma igualitária, tanto homens como mulheres.

As críticas feministas à separação das esferas pública e privada também foram essenciais para os questionamentos de importantes autores que se dedicaram a construção de conceitos e teorias acerca da democracia e da justiça social. Jürgen Habermas é um dos principais pensadores contemporâneos. Seus estudos acerca da esfera pública, em especial sua obra *Mudança Estrutural da Esfera Pública*¹⁶⁵ foram um dos principais pontos criticados pelas autoras feministas. Habermas realizou um estudo que retrata as origens da esfera pública burguesa e suas transformações com o desenvolvimento do capitalismo, além do avanço dos meios de comunicação em massa. Veremos a seguir que, embora o conceito de esfera pública trabalhado por Habermas seja essencial para se pensar a democracia, alguns limites merecem a devida atenção, como a crítica feminista em relação à construção democrática dessa esfera pública, bem como a maneira pela qual o autor a desenvolveu.

3.1. O conceito habermasiano de esfera pública e as principais críticas feministas

Uma das principais contribuições atribuídas a Habermas diz respeito à reformulação do conceito de “esfera pública” (Öffentlichkeit), que tem origem em

¹⁶⁴ OKIN. “Gênero, o público e o privado”, cit. p.315.

¹⁶⁵ HABERMAS, J. “Mudança estrutural da esfera pública”. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

sua tese de livre-docência apresentada à Faculdade de Filosofia de Marburg e publicada, na década de 1960, como “Mudança estrutural da esfera pública: investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”, sendo esse seu título na versão portuguesa recente. Para o autor, a esfera pública burguesa era constituída por pessoas privadas que se reuniam enquanto um público, para manifestarem sua opinião sobre temas de interesse geral e seus problemas em comum. Dito de outro modo, a esfera pública burguesa podia ser entendida como a esfera de pessoas privadas que se relacionavam entre si, na esfera pública, como um público.¹⁶⁶ É nesse sentido que, baseado na possibilidade da racionalização da argumentação, concebeu-se a noção de “opinião pública”.

Na camada mais “ampla” da esfera pública burguesa, a esfera do “público” surgiu como “ampliação” e “suplementação” da esfera privada.¹⁶⁷ A esfera privada compreenderia o setor de troca de mercadorias, o trabalho social e também a família — patriarcal burguesa —, com sua “esfera íntima” — local em que historicamente nasceu a “privacidade”¹⁶⁸. Nesse sentido, pensando sobre as “estruturas sociais da esfera pública”, Habermas escreve que quando os “indivíduos conscientizados” se apropriam da esfera pública e a transformam em uma esfera na qual a crítica é dirigida ao poder do Estado, há uma “refuncionalização” (*Um-funktionalisierung*) da esfera pública literária, com as “experiências da privacidade do público” ingressando na esfera pública política.¹⁶⁹

Originada no âmbito da família burguesa patriarcal, a vivência privada orientada para um público foi fundamental para a constituição de uma esfera pública política. Nesse sentido, Habermas afirma que:

[As camadas burguesas] constituem o público que, daquelas antigas instituições dos cafés, dos salões, das comunidades de comensais, há muito já se emancipou e agora é mantido reunido através da instância mediadora da imprensa e de sua crítica profissional. Constituem a esfera pública de uma argumentação literária, em que a subjetividade oriunda da intimidade pequeno-familiar se comunica consigo mesma para se entender a si própria¹⁷⁰.

As diferentes instituições da esfera pública burguesa, como os cafés, eram espaços em que os artigos produzidos “pela imprensa e sua crítica profissional”¹⁷¹ eram discutidos. Porém, como esses jornais também publicavam cartas de leitores,

¹⁶⁶ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 43.

¹⁶⁷ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 67.

¹⁶⁸ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 46.

¹⁶⁹ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 68.

¹⁷⁰ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 68.

¹⁷¹ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 68.

o espaço de sociabilidade também era palco de debates sobre o que era escrito pelo próprio público. Mas qual era esse público? Participavam da esfera pública literária mulheres, homens e proprietários privados, ao passo que, na esfera pública política, mulheres e homens não-proprietários — ou “dependentes” — estavam excluídos¹⁷².

Nesse sentido, a temática da “esfera pública moderna”, se comparada com a antiga, foi transportada de um grupo de cidadãos que agem em conjunto para uma sociedade que debate publicamente. De acordo com Habermas¹⁷³ “a tarefa política da esfera pública burguesa”, até aqui, era a de regulamentar “a sociedade civil — por oposição da *res publica*”. Assim, a esfera pública burguesa desenvolveu uma consciência política que, contrariamente ao absolutismo monárquico, objetivou não só conceber e exigir leis de caráter genérico e abstrato, como também afirmar que a “opinião pública” era a única fonte de legitimação das leis¹⁷⁴.

Avançando sobre o conceito de esfera pública, o debate volta a aparecer na obra *Direito e democracia: entre facticidade e validade*¹⁷⁵, na qual Habermas escreveu que a esfera pública não pode ser compreendida como “instituição”, “organização” ou “sistema”, mas como uma “rede adequada para a comunicação de conteúdo, tomadas de posição e opiniões”, em que “os fluxos comunicacionais são filtrados e sintetizados, a ponto de se condensarem em opiniões públicas” reunidas em temas específicos¹⁷⁶.

Em linhas gerais, o conceito de “âmbito público” trabalhado em Habermas é, segundo Nancy Fraser¹⁷⁷, um ambiente de discussão, produção e circulação de discursos que pode, inclusive, ser crítico ao Estado. Assim, esse conceito permite identificar diferenças entre Estado, mercados econômicos e associações democráticas. A autora Nancy Fraser¹⁷⁸ afirma que a “teoria social crítica e a prática política democrática requerem algo semelhante ao âmbito político de Habermas”, mas a forma específica como Habermas elaborou a ideia de “âmbito público” ou “esfera pública” não foi completamente satisfatória.

¹⁷² A exclusão de determinados grupos é uma das questões que permeará a crítica feminista ao conceito habermasiano de esfera pública.

¹⁷³ HABERMAS. “Mudança estrutural da esfera pública”, cit. p. 69.

¹⁷⁴ HABERMAS. “Mudança Estrutural da esfera pública”, cit. p. 71.

¹⁷⁵ HABERMAS. J. “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

¹⁷⁶ HABERMAS. “Direito e democracia: entre facticidade e validade”, cit. p. 92.

¹⁷⁷ FRASER. N. “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”. Debate Feminista, 1993, p.25.

¹⁷⁸ FRASER. “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”, cit. p.25.

Uma das críticas centrais é a de que Habermas “idealizou” a esfera pública burguesa, como “o público”, talvez por não ter analisado outras esferas públicas que não fossem liberais ou burguesas. Além disso, Fraser concorda com autoras e autores da qual afirmam que tal esfera foi baseada em exclusões, dentre as quais se destacam a questão de gênero (Joan Landes), de classe (Geoff Eley) e de raça (Elizabeth Brooks-Higginbotham).¹⁷⁹

Entretanto, Fraser aponta que os autores revisionistas não reivindicam o conceito de “esfera pública” — burguesa, machista e de supremacia branca —, mas questionam quatro de seus pressupostos centrais formulados por Habermas: a) a igualdade social não é necessária à democracia; b) é preferível uma esfera pública única em vez de uma “rede múltipla de públicos”; c) o debate no espaço público deve ser restrito ao “bem comum”; d) uma esfera pública democrática e operante exige a separação entre Estado e sociedade civil.¹⁸⁰

Em síntese, a discussão sobre esses pressupostos é importante, pois como veremos, a universidade, enquanto esfera pública, é um espaço de interação e comunicação entre diferentes públicos. Interlocutoras e interlocutores estão sujeitos a distintas formas de desigualdades sociais, apresentando demandas e interesses particulares em suas práticas deliberativas que constituem a opinião pública. Nesse caso, indaga-se: como o ensino jurídico, na esfera pública universitária, pode se transformar em um instrumento de comunicação crítica sobre o Direito? Essa questão norteará a reflexão do tópico seguinte.

IV. PENSANDO A UNIVERSIDADE COMO ESPAÇO PÚBLICO DE TRANSFORMAÇÃO: O GÊNERO COMO VIÉS QUESTIONADOR

A racionalidade do Direito ainda está distante da complexidade da vida em sociedade. O ensino e a prática jurídica são majoritariamente criados e operados por homens, além de se basearem em ideais identificados como masculinos e que se pretendem universais, tais como neutralidade, objetividade e racionalidade¹⁸¹. Desse modo, as características culturalmente associadas ao masculino seriam

¹⁷⁹ Para maiores informações sobre as discussões ver FRASER, N. “Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes”. In: FRASER, N. *Justicia interrumpida: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”*. Siglo del Hombre Editores, Universidad de Los Andes, Facultad de Derecho, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 95-133.

¹⁸⁰ FRASER. “Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes”, cit. p. 107-108.

¹⁸¹ SMART. “La teoría feminista y el discurso jurídico”, cit. p. 35.

ressaltadas e valorizadas, em detrimento das características associadas ao feminino, que estariam invisibilizadas¹⁸².

Essas informações justificam a análise do Direito a partir de uma perspectiva feminista, dentro das chamadas Teorias Feministas do Direito (*Feminist Legal Theory*) ou Teorias Jurídicas Feministas (*Feminist Jurisprudence*). Esta discussão passou a ser desenvolvida a partir da década de 1970, configurando um “pensamento crítico sobre as epistemologias jurídicas e os fundamentos filosóficos que embasaram o pensamento jurídico ocidental na modernidade”¹⁸³, aproximando-se da chamada “teoria crítica”¹⁸⁴ Nesse sentido, pensar a Universidade como um espaço público de transformação e análise crítica das principais demandas da sociedade, é também um importante passo para emancipação da mulher.

Ao analisarmos a esfera pública habermasiana, onde sua reprodução se faz pelo “agir comunicativo”, podemos compreender que a concepção sobre o “agir” está relacionada ao entendimento, Habermas afirma que “[...] os planos de ação dos atores envolvidos são coordenados não por meio de cálculos egocêntricos do êxito que se quer obter, mas por meio de atos de entendimento”.¹⁸⁵ Por “entendimento”¹⁸⁶ compreende-se um comum acordo que é racionalmente motivado e perseguido pelos participantes das interações comunicativas. Então, para Habermas¹⁸⁷, a ação comunicativa tem origem na interação entre dois ou mais sujeitos capazes de falar e agir, que estabelecem relações interpessoais para compreenderem as situações vivenciadas em um determinado contexto social e orientarem suas ações por meio de um “entendimento”. Esse “entendimento” é construído intersubjetivamente no “mundo da vida” (*Lebenswelt*)¹⁸⁸.

Sobre o conceito de “mundo da vida”, em “Teoria do agir comunicativo”, Habermas argumenta que

¹⁸² OLSEN. “El sexo del derecho”, cit. p. 38.

¹⁸³ CAMPOS, C. H., “Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha.” In: _____. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 1-12.

¹⁸⁴ RABENHORST, E. R. “O feminismo como crítica do direito”. Revista Eletrônica Direito e Política. UNIVALI, n.3, v.4, Itajaí, 2009, p. 23.

¹⁸⁵ HABERMAS, J. “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”. Editora WMO Martins Fontes, v.I, São Paulo, 2012, p. 496.

¹⁸⁶ HABERMAS. “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, cit. p.147.

¹⁸⁷ HABERMAS. “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, cit. p. 497.

¹⁸⁸ HABERMAS. “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, cit. p.138.

O mundo da vida acumula o trabalho interpretativo prestado pelas gerações precedentes; ele é o contrapeso conservador que se opõe ao risco do dissenso, que surge com todo processo atual de entendimento. Pois as pessoas que agem comunicativamente podem alcançar um entendimento apenas acerca de posicionamentos positivos ou negativos sobre pretensões de validade criticáveis¹⁸⁹.

O “mundo da vida”, para o autor, é o cenário do “agir comunicativo”, é onde acontecem os atos de fala por meio dos quais, comunicativamente, as pessoas alcançam o “entendimento”. O “mundo da vida”, aberto ao dissenso, também é uma fonte de interpretações para essas pessoas e a esfera pública, por sua vez, é característica do “mundo da vida”.

Partindo do conceito de esfera pública desenvolvido por Habermas e as principais críticas a essa concepção desenvolvida por Nancy Fraser e por algumas teóricas feministas, podemos pensar sobre a universidade como um instrumento de análise do modo como se opera o ensino jurídico. Ao discutirmos sobre esse ensino na esfera pública universitária, especificamente na rede de comunicação desenvolvida na universidade, apontamos que a perspectiva feminista pode apresentar outro olhar sobre as teorias e bases tradicionais em que o saber jurídico se desenvolveu. No tocante à rede de comunicação, as discussões que ocorrem no espaço universitário dependem, em grande medida, da atuação docente. Nesse sentido, se o Direito participa da construção de identidades, constituindo sujeitos a partir do discurso, é preciso incluir perspectivas críticas em seu ensino, como os relativos às teorias feministas, para ampliar os debates críticos entre docentes e discentes.

Conforme verificamos no Censo da Educação Superior (2017), divulgado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), no Brasil, o número total de docentes em exercício em Universidades é de 206.464, dentre os quais 110.653 são do gênero masculino e 95.811, do gênero feminino. Cerca de 64 mil mulheres estão na rede pública de ensino superior e 31 mil, na rede privada. Entre discentes matriculados em cursos de graduação presenciais e à distância, o total geral aponta que 4.719.482 são do gênero feminino, sendo 2.534.163 o número total de matriculadas em Universidades. Entre o gênero

¹⁸⁹ HABERMAS. “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”, cit. p.139.

masculino, o número total geral é 3.567.181, sendo 1.905.754 o número total de matriculados em Universidades.¹⁹⁰

Os dados acima revelam que a Universidade é ocupada, em sua maioria, por mulheres, mas isso não significa que temas relacionados ao gênero sejam discutidos. Esse fator se deve, principalmente, pela ausência de uma perspectiva crítica que seja englobante e aberta a novas perspectivas, como vimos na construção do saber feminista. A desconfiança dos estudos jurídicos em relação à teoria feminista como aponta Rabenhorst “é o fato de que nele ainda perdura uma representação do direito como técnica de controle social neutra, universal e abstrata, quando na verdade, o direito já representa – por distorção, uso ou definição – um ponto de vista previamente sexualizado”.¹⁹¹ Embora tenhamos poucos exemplos de tentativas de abordagem do Direito sob novo olhar, como em algumas disciplinas ministradas para a graduação — “Gênero, Sexualidade e Direito” (FGV/Rio), “Direito e Feminismos” (UFSC) e Teorias Feministas do Direito” (UFF)¹⁹² —, isso não reflete um amplo debate do tema.

A discussão sobre o gênero ainda é feita de forma isolada. Esse fato, como discutimos, está diretamente relacionado com a construção do saber e a diferenciação entre natureza e cultura e, principalmente, com as concepções de esfera pública e privada. Os debates com cunho feministas não devem carregar o estigma de “coisas de mulher”, pois são um importante viés ponderador e questionador da realidade social. Um espaço de discussão que se proponha a pensar e transformar a sociedade não deve ser constituído por uma teoria majoritária que revele aspectos excludentes. Assim, o olhar crítico feminista, tanto para as teorias tradicionais, quanto para os aspectos epistemológicos do saber, é fundamental para criarmos um espaço transformador no Direito e na construção do conhecimento jurídico.

CONCLUSÃO

Como apontado no decorrer do artigo, a crítica à exclusão da mulher da esfera pública, no debate sobre a dicotomia público/privado, também se constituiu como um instrumento para questionar a forma tradicional de produção do

¹⁹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. Sinopse Estatística da Educação Superior 2017. **Inep**, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>> [10-3-2019].

¹⁹¹ RABENHORST. “O feminismo como crítica do direito”, cit. p. 23.

¹⁹² As ementas das disciplinas podem ser consultadas nos respectivos sítios eletrônicos, quais sejam: <https://diretorio.fgv.br/sites/diretorio.fgv.br/files/u1882/ementa_-_eletiva_-_genero_sexualidade_e_direito.pdf> , <<http://ccj.ufsc.br/files/2017/03/DIR6001-Direito-e-Feminismos-20171.pdf>> e <<http://www.sdd.uff.br/wp-content/uploads/2017/08/Ementa-Teoria-Feminista-do-Direito-II-2017.28377.pdf>>. [10-03-2019].

conhecimento científico. Nesse sentido, a análise do Direito a partir de uma perspectiva feminista, diante das Teorias Feministas do Direito, possibilitou outro olhar sobre como o ensino e o saber jurídico são operados dentro da esfera pública universitária. Assim, basear-se nas contribuições das teorias feministas seria uma das formas de se obter uma concepção crítica do Direito.

Questionar as teorias tradicionais que fundamentaram o ensino jurídico seria somente um primeiro passo, pois o gênero enquanto categoria analítica informou o método feminista que, por sua vez, diferenciou os conceitos de metodologia, método e epistemologia para as investigações feministas. Portanto, não só é essencial que haja mais mulheres nos cursos de ensino superior, mas também que elas sejam sujeitas ou agentes do conhecimento no âmbito do Direito. Esse cenário possibilitaria a construção de uma comunicação crítica sobre o ensino jurídico, além da ampliação da universidade como um espaço público de transformação e emancipação social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CAMPOS, C. H., “Razão e sensibilidade: teoria feminista do direito e Lei Maria da Penha.” In: _____. (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 1-12.

CHANTLER, K.; BURNS, D., “Metodologias feministas”. In: SOMEKH, Bridget; LEWIN, Cathy (orgs.). Teoria e Métodos de Pesquisa Social. Ed. Vozes, Petrópolis, 2015, pp.111-120.

FACCHI, A., “El pensamiento feminista sobre el Derecho: un recorrido”. Revista sobre enseñanza del Derecho. Año 3, número 6. Buenos Aires, 2005, pp.24-47.

FRASER, N., “Repensar el ámbito público: una contribución a la crítica de la democracia realmente existente”. Debate Feminista, marzo, 1993, pp.23-58.

FRASER, N., “Pensando de nuevo la esfera pública. Una contribución a la crítica de las democracias existentes”. In: FRASER, Nancy. Justicia interrumpida: reflexiones críticas desde la posición “postsocialista”. Siglo del Hombre Editores, Univeridade de Los Andes, Facultad de Derecho, Santafé de Bogotá, 1997, pp. 95-133.

FRASER, N., “Mapeando a imaginação feminista: da redistribuição ao reconhecimento e à representação”. Estudos Feministas, Florianópolis, 2007, pp. 291-308.

HABERMAS, J., “Direito e democracia: entre facticidade e validade”. Volume I. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, J., “Mudança estrutural da esfera pública”. Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

HABERMAS, J., “Teoria do agir comunicativo: racionalidade da ação e racionalização social”. Tradução de Paulo Astor Soethe. Editora WMO Martins Fontes, São Paulo, 2012.

HARDING, S., “¿Existe un método feminista?”. In: *Feminism and Methodology*. Indianapolis: Indiana University Press, 1988.

HARDING, S., “A instabilidade das categorias analíticas na teoria feminista”. *Revista Estudos Feministas*, n. 1 v. 1, Florianópolis, 1993, pp. 7-31.

HARDING, S., “Gênero, democracia e filosofia da ciência”. *RECHS – R. Eletr. de Com. Inf. Inov. Saúde*, v.1, n.1, jan.-jun., Rio de Janeiro 2007, pp.163-168.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS EDUCACIONAIS ANÍSIO TEIXEIRA. “Sinopse Estatística da Educação Superior 2017”. Inep, Brasília, 2017. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>> Acesso em: 10 mar. 2019.

JARAMILLO, I., “La critica feminista al derecho”. In: WEST, R. *Género y teoría del derecho*. Siglo del Hombre Editores, Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, Instituto Pensar, Bogotá, 2000, pp.103-133.

LONGINO, H. E., “Epistemologia feminista”. In: GRECO, John; SOSA, Ernest (orgs.). *Compêndio de Epistemologia*, Edições Loyola, São Paulo, 2008, pp .505-546.

MIGUEL, L. F, & BIROLI, F. (organização). *Teoria política feminista: textos centrais*. Ed. Horizonte, Vinhedo/SP, 2013.

OKIN, S. M., “Gênero, o público e o privado”. *Revista Estudos Feministas*, maio-agosto, Florianópolis, 2008, pp. 305-332.

OLSEN, F., “El sexo del derecho”. In RUIZ, Alicia E. C. (comp.). In: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 25-42.

PATEMAN, C., “O contrato sexual”. Ed. Paz e Terra, Rio de Janeiro, 1993.

PATEMAN, C., “Críticas feminista à dicotomia público/privado”. In: MIGUEL, Luiz Felipe e BIROLI, Flávia (Org.). *Teoria política feminista: textos centrais*. Ed. Horizonte, Vinhedo/SP, 2013.

PINTO, C., “Uma história do feminismo no Brasil”, Fundação Perseu Abramo, São Paulo, 2003.

PINTO, C., “Feminismo, história e poder”. Revista Sociologia Política, Curitiba, 2010, v. 18, n. 36, pp. 15-23.

RABENHORST, E. R, “O feminismo como crítica do direito”. Revista Eletrônica Direito e Política. UNIVALI, n.3, v.4, 3º quadrimestre, Itajaí, 2009, pp. 22-35.

SMART, C., “La teoría feminista y el discurso jurídico”. In: BIRGIN, Haydée (comp.) El Derecho en el género y el género en el Derecho. Editorial Biblos, Buenos Aires, 2000, pp. 32-33.

TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: um problema social de saúde pública

VELOSO, Carla Sendon Ameijeiras

Doutoranda em Direito, Universidade Estácio de Sá, Brasil, e-mail: carlaameijeiras@gmail.com

VILLAR, Larissa Pimentel Gonçalves

Doutoranda em Direito, Universidade Veiga de Almeida, Brasil, e-mail: larissavillar@yahoo.com.br

BARCIA, Vanesa Perez

Advogada, Universidade Veiga de Almeida, Brasil, e-mail: vanesa.barcia@gmail.com

RESUMO

O trabalho escravo contemporâneo é uma das mais injustas e persistentes problemáticas sociais do Brasil. Frente à necessidade de implantação da política nacional de saúde do(a) trabalhador(a), este artigo discute o trabalho escravo como problema de saúde pública, destacando possibilidades de ampliar as estratégias de vigilância e atenção integral a essa população específica de trabalhadores. Foi realizada uma pesquisa qualitativa, exploratória, sob o referencial teórico da construção social da realidade, conforme Lenoir, Berger e Luckmann. Os resultados demonstram dimensões teóricas e práticas sobre o TE e suas relações com o campo da saúde e destacam o papel e o potencial da saúde pública no fortalecimento das práticas de vigilância e atenção à saúde dos trabalhadores submetidos à essas condições sociais crônicas.

Palavras-chave: Saúde Pública; Trabalho escravo contemporâneo; Construção Social Saúde do trabalhador; Saúde Pública.

RESUMEN

El trabajo esclavo contemporáneo es una de las más injustas y persistentes problemáticas sociales de Brasil. Frente a la necesidad de implantación de la política nacional de salud del trabajador (a), este artículo discute el trabajo esclavo como problema de salud pública, destacando posibilidades de ampliar las estrategias de vigilancia y atención integral a esa población específica de trabajadores. Se realizó una investigación cualitativa, exploratoria, bajo el referencial teórico de la

construcción social de la realidad, conforme Lenoir, Berger y Luckmann. Los resultados demuestran dimensiones teóricas y prácticas sobre el TE y sus relaciones con el campo de la salud y destacan el papel y el potencial de la salud pública en el fortalecimiento de las prácticas de vigilancia y atención a la salud de los trabajadores sometidos a esas condiciones sociales crónicas.

Palabras Clave: Salud Pública; Trabajo esclavo contemporáneo; Construcción Social; Salud del trabajador; Salud pública.

ABSTRACT

Contemporary slave labor is one of the most unjust and persistent social problems in Brazil. Faced with the need to implement the national health policy of the worker, this article discusses slave labor as a public health problem, highlighting possibilities to expand surveillance strategies and integral attention to this specific population of workers. A qualitative, exploratory research was carried out under the theoretical framework of the social construction of reality, according to Lenoir, Berger and Luckmann. The results demonstrate the theoretical and practical dimensions of the TE and its relationship with the health field and highlight the role and potential of public health in strengthening surveillance practices and health care of workers submitted to these chronic social conditions.

Keywords: Public Health; Contemporary slave labor; Social Construction Worker's health; Public health.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. A construção Social dos problemas de saúde pública; 2. Entendimentos sobre trabalho escravo contemporâneo; 3. Saúde pública e trabalho escravo contemporâneo; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

O Brasil é uma formação social e econômica complexa e comporta muitas contradições. Em que pese o crescimento econômico, persistem em seu território a superexploração de trabalhadores vulneráveis em termos de educação e renda. Nesse cenário, o trabalho escravo contemporâneo é uma de suas mais graves, injustas e persistentes problemáticas sociais. Longe de ser um fenômeno recente, isolado e pontual, o Trabalho Escravo compôs parte da história econômica brasileira e da América Latina, em diferentes modalidades. Mister ressaltar que essa escravidão clássica fora abolida, em 1888, mas no capitalismo contemporâneo emergem novas e distintas formas de escravidão bem frequentes em várias cadeias produtivas assumindo diferentes nomenclaturas, como trabalho análogo à escravidão, trabalho forçado, servidão por dívida e tráfico humano. Trata-se de um

conjunto de fenômenos vinculados aos modelos de desenvolvimento econômico e ao padrão de acumulação capitalista. Envolve situações em que o trabalhador tem um conjunto de direitos negligenciados, é exposto a condições de trabalho perigosas e tratado como propriedade ou levado a trabalhar sem consentimento ou por coerção. Estima-se que haja milhões de pessoas submetidas a essas formas laborais em vários países do Mundo. No Brasil, ele é encontrado tanto no setor rural com urbano, seja em lavouras, canaviais, indústria têxtil, dentre outros. Em 2013, foram libertos 2.208 trabalhadores em área urbana e 1.228 em área rural. De 1995 a 2013, o Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) realizou 1.572 fiscalizações e resgatou 46.478 trabalhadores gerando R\$ 86.320.330 de indenização.

O campo da saúde pública vem ocupando lugar marginal, tanto na produção de conhecimento quanto nas estratégias de enfrentamento ao Trabalho Escravo. Esse tema ainda não foi objeto de investigações específicas em saúde coletiva padecendo de bibliografia específica. Em nível internacional, a relação entre saúde e o trabalho escravo contemporâneo aparece na literatura embora também não seja sistematicamente estudada. Publicações discutem riscos e efeitos corporais e psíquicos provocados por essa condição. Dentre elas estão a exposição a riscos de doenças e violências na jornada da região de origem ao território da produção; transporte, comida e hidratação inadequados, além de ambientes de trabalho e moradia perigosos, precários e insalubres. São reportados sentimentos de isolamento, vergonha, traição e transtornos mentais e comportamentais como estresse pós-traumático, consumo excessivo de álcool e drogas, lesões físicas e traumatismos decorrentes de acidentes. Quanto às estratégias brasileiras de intervenção, o setor saúde é cotado na composição de comissões nacionais e estaduais responsáveis pelas ações e considerado parceiro fundamental nos Planos Nacionais de Erradicação do Trabalho Escravo.

Os referenciais teóricos, estruturas, recursos humanos e materiais do setor saúde, entretanto, ainda estão subutilizados nesse conjunto de práticas. Frente a essa lacuna e à necessidade de implantação da política nacional de saúde do trabalhador e da trabalhadora, este artigo discute o trabalho escravo contemporâneo como um problema de saúde pública, destacando possibilidades de ampliação das estratégias de vigilância e atenção integral a essa população específica de trabalhadores.

TRAJETÓRIA METODOLÓGICA

Foi realizada uma pesquisa exploratória de base qualitativa através de uma revisão teórica sobre trabalho escravo no cenário nacional no âmbito das ciências humanas e sociais e da saúde pública. No sentido de trazer outros elementos histórico-conceituais cruciais para a compreensão desse fenômeno, foram analisadas ainda obras clássicas de Hegel, Marx e autores contemporâneos, como Kevin Bales e José de Souza Martins, considerados centrais para a discussão da temática.

1. A CONSTRUÇÃO SOCIAL DOS PROBLEMAS DE SAÚDE PÚBLICA

Proteger, promover, vigiar e restaurar a saúde da população compõem o leque de ações em saúde pública. Programas, recursos, estratégias dos serviços, instituições e profissionais responsáveis são organizados para intervir em problemas considerados prioritários. Geralmente, ganham notoriedade certas endemias, epidemias e agravos específicos, como AIDS, dengue, hanseníase e outros. Um problema de saúde pública é definido pelo potencial epidêmico do fenômeno, a carga de impactos no indivíduo e na sociedade, sua natureza, severidade, extensão, gravidade e possibilidade de controle.

Para que um fenômeno seja reconhecido como problema de saúde pública, ocorre todo um processo social complexo envolvendo atores, instituições e especialistas. Isso porque os “problemas” não são fenômenos naturais, imutáveis e idênticos, independentes da região e dos contextos social, cultural, econômico e político em que emergem.

Existe um processo social tanto de produção de saúde-doença quanto de definição das situações que deveriam ou não ser consideradas alvos da intervenção em saúde pública. Assim, aquilo que em dado momento é considerado problema resulta de construções processuais, históricas e culturais determinadas em função de saberes e poderes em jogo e mediante o conjunto de atores e instituições interessadas.

As sociologias médicas e do diagnóstico contribuem para a compreensão desses processos, e, desde 1970, vêm analisando diferentes práticas de construção social das doenças e a influência dos mercados e corporações de saúde.

Os sistemas de classificação de doenças, sofrimentos e sintomas e as práticas de cura são convenções sociais conformados historicamente. Consequentemente, várias doenças e manifestações de sofrimento, a exemplo daquelas de difícil diagnóstico decorrentes de exposição química a poluentes ambientais ou agravos à saúde dos trabalhadores, não são “naturalmente” reconhecidas pelos saberes biomédicos hegemônicos.

Apenas depois de longos processos sociais, eles emergem na cena pública, por meio de agentes interessados em trazer à tona categorias específicas para exigir soluções políticas e institucionais.

Berger e Luckmann¹⁹³ e Lenoir¹⁹⁴ demonstram o quanto os problemas sociais são instituídos pelos instrumentos que forjam a realidade social. Existe uma ampla variação dos mesmos em função do contexto, épocas e regiões.

Assim, para um determinado fenômeno ser considerado um problema social existem agentes sociais em operação, estratégias em prática, relações e representações dominantes em torno de seu reconhecimento e legitimação. O que deve ser explicado é justamente o fato de uma realidade ser tomada em dado momento como um problema social, uma vez que todo problema de saúde pública pressupõe um trabalho de reconhecimento e legitimação.

Nesse processo, ocorrências graves e geradoras de sofrimentos entram na pauta das políticas e práticas de saúde enquanto outras são deslegitimadas. Isso fica claro no que tange às situações de saúde-trabalho.

A categoria trabalho como fator determinante do processo saúde-doença foi institucionalizada no campo da saúde coletiva por forças sociais dos movimentos de trabalhadores, profissionais dos serviços públicos e acadêmicos na década de 1980. Questões relativas aos trabalhadores eram consideradas problemas da Previdência Social, Justiça do Trabalho e Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Entretanto, casos crescentes de malária, febre amarela, câncer de pleura decorrente da exposição ao amianto, Lesões por Esforços Repetitivos entre outras doenças ocupacionais, emergem dentro do Cenário Nacional, pelas condições subumanas que estes trabalhadores são submetidos.

O reconhecimento de eventos relativos à saúde dos trabalhadores como problemas de saúde pública tem sido um processo social, político e institucional longo e contínuo que ainda perdura, apesar dos avanços em sua institucionalização no SUS. De fato, é uma triste realidade que ainda está longe de ter um fim.

Da década de 1980 a 2000, muitas tentativas de institucionalização se seguiram e até mesmo a criação da Rede Nacional de Atenção Integral à Saúde do Trabalhador (Renast), em 2002, foi uma estratégia para implementar práticas nos serviços de saúde que considerem o trabalho como mediador do processo saúde-doença.

¹⁹³ BERGER, P.; LUCKMAN, T., “A construção social da realidade”, Vozes, Petrópolis, 2008.

¹⁹⁴ LENOIR, R., “Objeto sociológico e problema social”. In: CHAMPAGNE, P. et al (org.). Iniciação à Prática sociológica, Vozes; Petrópolis, 2006. p. 59-1068.

Apesar da existência de riscos e vulnerabilidades e da gravidade de acidentes de trabalho, doenças ocupacionais e sofrimentos dos trabalhadores, seu reconhecimento social como problema de saúde pública não é algo natural. No cotidiano dos serviços de saúde, eventos como esses são deslegitimados pelas controvérsias em torno dos nexos causais e até mesmo acidentes de trabalho, por vezes, não são considerados responsáveis da saúde pública por profissionais e gestores das secretarias de saúde, hospitais e ambulatorios.

Existe um jogo de forças mediado pela cultura e condições históricas dos contextos e instituições de saúde que opera a favor ou contra o reconhecimento da relação trabalho-saúde como problema público do âmbito da saúde. É nesse jogo de (não)reconhecimento/(des)legitimação que se encontram as situações de Trabalho Escravo contemporâneo no âmbito da saúde.

2. ENTENDIMENTOS SOBRE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

A maneira de nomear e entender os fenômenos tipificados como trabalho escravo contemporâneo pode facilitar ou criar barreiras para sua inserção no rol de problemas sanitários.

Esse tema exige apurado rigor teórico e uma consciência social crítica, pois geralmente cria espetáculos midiáticos e um imaginário desvinculado da realidade a ponto de banalizar a terminologia e levar qualquer condição a ser considerada como de escravidão contemporânea.

Essa temática tem raízes históricas e filosóficas importantes. No século XIX, tendo a expansão europeia e a escravização dos povos africanos, americanos e asiáticos como pano de fundo, a filosofia de Hegel¹⁹⁵ utiliza a dialética do senhor-escravo como metáfora para explicar a consciência de si. Segundo o filósofo, em sua *Fenomenologia do Espírito*, o escravo seria um “ser para o outro”, ou seja, uma coisa entre o senhor e o objeto do seu desejo.

Da dialética hegeliana emergiu o pensamento de Marx¹⁹⁶, pautado na análise das relações sociais de produção. O materialismo histórico-dialético demonstra a ruptura do sistema capitalista com o escravismo clássico enquanto modo de organização da sociedade.

¹⁹⁵ HEGEL, G., “Fenomenologia do espírito”. Vozes, Petrópolis, 1992.

¹⁹⁶ MARX, K. “*Trabalho Assalariado e Capital*”. Global Editora, São Paulo, 1987.

Uma das principais características do capitalismo e sinal da superação do escravismo seria a liberdade do trabalhador – liberdade de vender sua força de trabalho em troca de um salário. Esse trabalhador livre é também livre dos meios de produção, e assim a exploração nesse sistema ocorre a partir da extração de mais valia e alienação no processo de trabalho e não mais por meio de encarceramentos físicos. Afirmar a manutenção da escravidão no seio do capitalismo seria então um equívoco teórico.

Não é incomum, entretanto, perceber alusões a uma escravidão contemporânea por meio das servidões modernas. A ideia da submissão a sistemas de regras impostos por governos totalitários, por exemplo, redutor das liberdades individuais, foi desenvolvida na tese de Von Hayek¹⁹⁷ em *O caminho para a servidão*. A obra histórica de La Boétie¹⁹⁸ em *Discurso sobre a servidão voluntária* contribui para compreensão da servidão voluntária do sujeito contemporâneo que se vincula às formas de dominação modernas, adere ao consumo como estilo de vida e encontra um alento para o medo e desamparo do mundo globalizado na docilidade e submissão ao sistema.

As novas formas de escravidão eclodiram em função do crescimento populacional pós 2ª guerra mundial e das transformações econômicas que aumentaram a riqueza e a concentração de terras nas elites empobrecendo a maioria da população (1999). Essa escravidão não seria mais caracterizada por compra-venda ao modo clássico de escravismo. Se no passado o ponto definidor da escravidão era a propriedade, atualmente é o controle da pessoa com fins de exploração econômica e o uso da violência.

Essas formas coercitivas e violentas de exploração são temporárias e circunstanciais e o controle total de uma pessoa para obtenção de lucro não é mais baseado na cor da pele, mas em diferenças de classe econômica, religião e tribo. Ou seja, houve uma passagem das legalidades da posse para as práticas de controle. A escravidão não desapareceu, mudou suas formas. A questão central é que essas relações de trabalho são utilizadas como táticas de redução do custo da produção.

Se antes a escravidão era legislada e permitida em no Brasil, atualmente é considerada como crime, e, embora sua prática persista, há uma preocupação social relacionada a este tema.

Além da dimensão econômica, o trabalho escravo também tem um componente cultural muito forte que culmina e dificulta a erradicação do trabalho escravo.

¹⁹⁷ HAYEK, F., “O caminho da servidão”. Instituto Ludwig von Mises Brasil, São Paulo, 2010.

¹⁹⁸ LA BOÉTIE, E., “O discurso da servidão voluntária”, Martin Claret, São Paulo, 2009.

Elementos históricos, econômicos e culturais podem favorecer as manifestações atuais de trabalho escravo, por isso é preciso reconhecer as especificidades do capitalismo nas diferentes regiões e a consequente diversidade histórica das formas de exploração.

No Brasil, por exemplo, a lei Aurea tratou apenas da escravidão do negro e não de outras formas de escravidão, como a servidão por dívida corrente no Brasil já em 1877 nos seringais que exploravam trabalhadores famintos vindos do nordeste do país. Não por acaso, a escravidão por dívida ainda é muito presente no Brasil.

O trabalho escravo abrange também a negação de direitos trabalhistas e previdenciários, exposição a más condições de trabalho, alimentação e moradia, aprisionamentos por dívida, ameaças físicas e psíquicas. Envolve humilhação, vergonha de voltar para casa com menos recursos, remuneração insuficiente para a manutenção do trabalhador, falta de higiene, exposição a riscos ocupacionais e de contágio de doenças infectocontagiosas e até assassinatos. Trata-se de uma relação social caracterizada pela negação do outro em um regime de “desumanização” no qual pessoas são tratadas como “menos humanos”.

Para a legislação brasileira, esse tipo de trabalho se caracteriza por submeter o outro a trabalhos forçados ou jornada exaustiva, sujeição a condições degradantes de trabalho e restrição de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador, consoante dispõe o artigo 149, do Código Penal¹⁹⁹.

O reconhecimento público da existência do trabalho escravo contemporâneo no Brasil ocorreu em 1995, através do Caso José Pereira, tendo em vista que o Brasil admitiu a existência perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos da escravidão em seu território, comprometendo-se a erradicá-la.

A partir deste momento, foram institucionalizadas várias ações de combate por meio de movimentos sociais e ONGs, da participação de brasileiros na Junta de Curadores do Fundo Voluntário da ONU contra as formas contemporâneas de escravidão, das iniciativas da OIT e das estratégias MTE e Ministério Público do Trabalho (MPT).

O Brasil atualmente já tem um quadro de legislações, ações e experiências bem-sucedido, mas que não capaz de erradicar a escravidão contemporânea, o que ensejou em 2017 com a Condenação do Brasil perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos pela prática da escravidão no Caso da Fazenda Verde Brasil.

¹⁹⁹ BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

O trabalho escravo, entretanto, é um fenômeno de múltiplas dimensões – sociais, econômicas, culturais e, conseqüentemente, sanitárias. Não se limita ao campo jurídico e legal sob a responsabilidade de instituições do judiciário e do MPT e MTE. Também não é somente crime e caso de Política, posto que fere o Código Penal Brasileiro e legislações trabalhistas e previdenciárias. É um problema complexo e multideterminado que demanda atuações intersetoriais e participativas também da responsabilidade do setor saúde.

3. SAÚDE PÚBLICA E TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Iniciativas para atenção à saúde relacionada ao trabalho remontam aos cuidados médicos com os escravos, afinal, seu desgaste representava perdas financeiras para os donos. No V século a.C., Platão já verificava diferenças existentes entre os cuidados médicos dispensados a escravos e homens livres, enquanto no Brasil escravocrata existiam várias práticas médicas voltadas aos primeiros como especialidade da medicina veterinária.

Naqueles períodos, os escravos eram sustentados pelos seus proprietários, e, atualmente, são tratados como descartáveis, sem coberturas de direitos sociais e trabalhistas, de forma que, ao se acidentarem ou sofrerem de uma doença ocupacional, são excluídos da produção e substituídos, sem garantias de assistência.

É importante frisar que a escravidão contemporânea envolve pessoas mais pobres e vulneráveis com baixos níveis de escolaridade. A falta de oportunidades profissionais facilita a abordagem pelos aliciadores que são denominados ‘gatos’.

Essa população sofre os efeitos da violência, maus-tratos, humilhações e insalubridade dos ambientes de trabalho, tem imagem de si bastante negativa e suas principais aspirações são elementos básicos: melhores moradias para a família, trabalho e formação.

Daí a importância de maiores investimentos do setor saúde na compreensão e intervenção nas condições dessa população, porque as relações sociais de produção capitalistas geram determinantes e condicionantes de sua saúde que precisam ser mais conhecidos.

Certamente o SUS, especificamente no âmbito da saúde do trabalhador e saúde-ambiente reconhece o problema do trabalho escravo, mas faltam estratégias direcionadas ao seu enfrentamento considerando os determinantes da saúde dessa população e seus efeitos.

O manual de gestão da Renast, por exemplo, reconhece que “As condições encontradas no trabalho rural, como, por exemplo, relações de trabalho à margem da legislação, ocorrência de mão-de-obra escrava e, (...), faz com que a população que vive e/ou trabalha no campo encontre-se mais descoberta e vulnerável aos problemas de saúde relacionados ao trabalho”²⁰⁰.

O problema não passa despercebido no Manual de doenças relacionadas ao trabalho do Ministério da Saúde: “Tradicionalmente, a atividade rural é caracterizada por relações de trabalho à margem das leis brasileiras, não raro com a utilização de mão-de-obra escrava”²⁰¹.

Na 13ª Conselho Nacional de Saúde (CNS) também foi apontada a necessidade de: “Estabelecer políticas (...) que previnam danos aos trabalhadores da área rural, que são submetidos a regimes de escravidão”²⁰². Um dos objetivos da política é “fortalecer a Vigilância em Saúde do Trabalhador e a integração com os demais componentes da Vigilância em Saúde, o que pressupõe: (...) f) contribuição na identificação e erradicação de situações análogas ao trabalho escravo”²⁰³.

Alguns mapeamentos apresentam-se como poderosos meios de caracterização desses problemas e seu enfrentamento. O mapa dos conflitos ambientais no Brasil, por exemplo, demonstra conflitos socioambientais que envolvem trabalho escravo na exploração de povos indígenas no Amazonas, nos sistemas de precarização do trabalho de marisqueiros e pescadores artesanais no Ceará, no agrogócio da soja no Maranhão e Mato Grosso, na expulsão de trabalhadores de suas terras no Pará para a construção de estradas de ferro, na coação de agricultores em fazendas do Acre, na escravidão por dívida para a produção da indústria do fumo no Sul, na produção de cana em Pernambuco e Rio de Janeiro, entre outros, analisando sob o aspecto rural. Outrossim, no âmbito urbano, nos depa-ramos com confecções clandestinas, pastelarias, lojas de comércio que utilizam essa forma de trabalho.

²⁰⁰ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). *Rede nacional de atenção integral à saúde do trabalhador: manual de gestão e gerenciamento*. São Paulo: Hemeroteca Sindical Brasileira, 2006. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ManualRenast06.pdf> [17/02/2019].

²⁰¹ BRASIL. Ministério da Saúde (MS). *Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde*. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf [10/03/2019].

²⁰² BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Conselho Nacional de Saúde. *Relatório Final da 13ª Conferência Nacional de Saúde*. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2008.

²⁰³ BRASIL. Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. *Diário Oficial da União*. 2012. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conferencia_nacional_saude.pdf [10/03/2019].

A ocorrência do trabalho escravo em vários processos de produção, portanto, é reconhecida pelo campo da saúde e mais passos precisam ser dados para compreender-intervir nessas situações.

É um assunto que demanda muita discussão e um investimento do Estado para que se possa erradicar a escravidão contemporânea, sustentando, dentre outras situações, a questão da saúde do trabalhador.

No Brasil, cada vez mais os trabalhadores ficam doentes e desenvolvem problemas que os incapacitam para o trabalho. No âmbito da escravidão, a questão ainda é mais complexa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O artigo demonstrou que o trabalho escravo contemporâneo se configura como problema de saúde pública não apenas devido aos efeitos físicos e psíquicos da humilhação, violência e superexploração dos trabalhadores.

A existência da escravidão contemporânea evidencia contradições e complexidades culturais, sociais, políticas e econômicas do Brasil e demonstra claramente iniquidades sociais e de saúde. Ele revela um quadro sócio-sanitário-ocupacional problemático demais para ser categoria excluída do campo da saúde.

Certamente, esse fenômeno vem sendo reconhecido pelo campo das relações saúde, trabalho e ambiente, entretanto faltam estratégias direcionadas para sua efetiva incorporação nas práticas institucionais de modo a viabilizar sua inserção na agenda do SUS.

Seria pertinente então incluir o trabalho escravo no âmbito da pesquisa em saúde pública para proporcionar compreensões mais acuradas sobre suas manifestações e seus determinantes.

Seria igualmente pertinente e relevante desenvolver estratégias institucionais, superando paradigmas biomédicos que dificultam a incorporação dessas condições no âmbito da ação em saúde. Isso depende de atores interessados em trazer à tona essa problemática e exigir soluções político-institucionais.

Considerando que as dimensões da causalidade e os efeitos do trabalho escravo demandam ações robustas do Estado e da Sociedade competem à saúde pública, deve haver maior integração entre os atores já envolvidos no combate, para construir estratégias de atenção integral a essa população, conforme a capacidade instalada no SUS, e de vigilância do trabalho escravo, em caráter intersetorial e participativo.

É preciso um efetivo papel governamental, através de políticas pública, afinal, não existem tratamentos, vacinas, medicamentos ou soluções milagrosas para tratar essas condições sociais crônicas.

REFERÊNCIAS

BALES, K. “Disposable people: new slavery in the global economy”. University of California Press, Berkeley, Los Angeles, 1999.

BERGER, P.; LUCKMAN, T., “A construção social da realidade”, Vozes, Petrópolis, 2008.

BOURDIEU, P., “Contrafogos. Táticas para enfrentar a invasão neoliberal”, Zahar, Rio de Janeiro, 1998.

BRASIL. Ministério do Trabalho (MT), “Quadro geral das operações de fiscalização para erradicação do trabalho escravo” – SIT/SRTE 1995 a 2012. Disponível em: <http://migre.me/ou9t3>. [15/05/2019].

BRASIL. Decreto-Lei 2848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Conselho Nacional de Saúde. Relatório Final da 13ª Conferência Nacional de Saúde. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2008.

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Doenças relacionadas ao trabalho: manual de procedimentos para os serviços de saúde. Brasília: Ed. Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/doencas_relacionadas_trabalho_manual_procedimentos.pdf [10/03/2019].

BRASIL. Ministério da Saúde (MS). Rede nacional de atenção integral à saúde do trabalhador: manual de gestão e gerenciamento. São Paulo: Hemeroteca Sindical Brasileira, 2006. Disponível em: <http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/ManualRenast06.pdf> [17/02/2019].

BRASIL. Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Diário Oficial da União 2012; 24 ago. Disponível em: http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/conferencia_nacional_saude.pdf [10/03/2019].

BROWN, P.; ZAVESTOSKI, S., “Social movements in health: an introduction”. *Sociol. Health Ill.* v. 26, n. 6, 2004, p. 679-694.

COSTA, J.; VICTORA, C., “O que é “um problema de saúde pública”?” *Rev. bras. Epidemiol.* v.9, n.1, 2006, p.144-146.

FAPESP. “Brasil líder mundial em conhecimento e tecnologia de cana e etanol”, Fapesp, São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.fapesp.br/2919> [02/03/2019].

FIGUEIRA, R.; PRADO, A., “Trabalho Escravo por Dívida e Condições Degradantes na Área de Saúde.” Saúde e Direitos Humanos, v. 10, 2010, p.57-70.

FIOCRUZ. “Laboratório de informação em saúde”. Instituto de Comunicação e Informação Científica e Tecnológica de Saúde (ICICT) - Fiocruz. [homepage da internet]. Mapa de conflitos envolvendo injustiça ambiental e saúde no Brasil. Disponível em: <http://www.conflitoambiental.icict.fiocruz.br/> [17/05/2019].

FREE THE SLAVES. “Hidden slaves. Forced labor in the United States”. Human Rights Center University of California, Berkeley, 2004. Disponível em: <https://www.freetheslaves.net/wp-content/uploads/2015/03/Hidden-Slaves.pdf> [10/04/2019].

GALEANO, E., “As veias abertas da América Latina”, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2010.

HARDT, M.; NEGRI, A., “Império”, Ed. Record, Rio de Janeiro/São Paulo. 2005.

HAYEK, F., “O caminho da servidão”. Instituto Ludwig von Mises Brasil, São Paulo, 2010.

HEGEL, G., “Fenomenologia do espírito”. Vozes, Petrópolis, 1992.

LA BOÉTIE, E., “O discurso da servidão voluntária”. Martin Claret, São Paulo, 2009.

LENOIR, R., “Objeto sociológico e problema social”. In: CHAMPAGNE, P. et al (org.). Iniciação à Prática sociológica, Vozes; Petrópolis, 2006. p. 59-1068.

MARTINS, J., “A escravidão nos dias de hoje e as ciladas da interpretação”. In: Comissão Pastoral da Terra. Trabalho Escravo no Brasil Contemporâneo, Ed. Loyola; 1999. São Paulo, p. 127-164. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/aedos/article/view/9820/5622> [20/03/2019].

MARX, K., “Trabalho Assalariado e Capital”, Global Editora, São Paulo, 1987.

MOURA F., LEÃO, L., “Saúde pública e erradicação do trabalho escravo em Mato Grosso”, Est Cont Subjetividade, v.4, n. 2, 2014, p. 213-226.

PHILLIPS, N.; SAKAMOTO, L., Global Production Networks, Chronic Poverty and 'Slave Labour' in Brazil . Stud Comp Int Dev, 2012; v. 47, p.1-29. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/257771082_Global_Production_Networks_Chronic_Poverty_and_'Slave_Labour'_in_Brazil [15/03/2019].

OIT. Organização Internacional do Trabalho (OIT). “Perfil dos principais atores envolvidos no trabalho escravo rural no Brasil”, OIT; Brasília, 2011.

REIS, T., “Libertações por trabalho escravo na área urbana superam as do campo”. G1. 2014. Disponível em: <http://migre.me/ou9Dj> [17/03/2019].

ROSEN, G., “A evolução da medicina social.” In: Nunes ED, organizador. Medicina Social: Aspectos históricos e teóricos. São Paulo: Global, 1983, p. 25-82.

SELIGMANN-SILVA, E., “Trabalho e desgaste mental. O direito de ser dono de si mesmo”. Cortez, São Paulo, 2011.

SENNETT, R., “A cultura do novo capitalismo”, Record, Rio de Janeiro, 2006.

THE GLOBAL SLAVERY INDEX. “What is modern slavery?” Disponível em: <http://migre.me/oyE0E> [23/03/2019].

REFLEXÕES SOBRE A APLICABILIDADE DA BOA FÉ NO DIREITO PRIVADO E NO DIREITO PÚBLICO

CAETANO, Vivian Molina Perfeito

Doutoranda em Direito pela Universidade de Coimbra,
Portugal
vivianperfeitocaetano@gmail.com

FERREIRA DE SOUZA, Laís Ferreira de

Saulo Pereira de Souza e Marucia Ferreira de Souza
Mestranda em Direito na Universidade do Porto, Portugal
laisfrsouza@gmail.com

RESUMO

A presente contribuição tem por objetivo conceituar e qualificar a aplicação do Princípio da Boa Fé enquanto fator de decisão em sede de apuração de responsabilidade e, ainda, enquanto critério para dosimetria das eventuais e respetivas penalidades. Foi realizado um estudo legislativo e doutrinário a respeito da definição e identificação do referido princípio, bem como das visões distintas que podem surgir quando analisado sob a égide do Direito Privado e do Direito Público. O estudo visou demonstrar que a Boa Fé é capaz de permear outras vertentes principiológicas sendo um fator de relevância mesmo quando a sua apuração não é expressamente exigida.

Palavras-chaves: Boa fé. Responsabilidade. Dosimetria. Princípios. Tribunal de Justiça da União Europeia.

RESÚMEN

La presente contribución tiene por objetivo conceptualizar y calificar la aplicación del Principio de la buena fe como factor de decisión en sede de escrutinio de responsabilidad y, aún, como criterio para la dosimetría de las eventuales y respectivas sanciones. Se realizó un estudio legislativo y doctrinal acerca de la definición e identificación de dicho principio, así como de las visiones distintas que pueden surgir cuando se analiza bajo la égida del Derecho Privado y del Derecho Público. El estudio pretendió demostrar que la buena fe es capaz de permear otras vertientes primiológicas siendo un factor de relevancia incluso cuando su escrutinio no es expresamente exigido.

Palabras claves: Buena fe. Responsabilidad. Dosimetría. Principios.

ABSTRACT

The purpose of the present contribution is to conceptualize and qualify the application of the Principle of Good Faith as a decision-making factor in determining accountability and also as a criterion for dosimetry of possible and respective penalties. A legislative and doctrinal study was carried out regarding the definition and identification of this principle, as well as the different views that may arise when analyzed under the aegis of Private Law and Public Law. The study aimed to demonstrate that a Good Faith is connected to other principiological aspects being a factor of relevance even when its verification is not expressly required.

Keywords: Good faith. Responsibility. Dosimetry. Principles. Decisions. Court of Justice of the European Union.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. NOTAS SOBRE A BOA FÉ; III. BOA FÉ?; IV. BREVE REFLEXÃO A RESPEITO DA ANÁLISE DA BOA FÉ PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA; 1. Processo n. C-170/13; 2. Processo n. C-681/11; V. CONSIDERAÇÕES FINAIS; VI. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

O princípio da Boa fé pode ser interpretado como a grande manifestação por parte da ordem jurídica sobre a importância outorgada às orientações morais e às questões éticas inerentes a cada sociedade e seus indivíduos, considerando-se o tempo e o espaço ao qual estes fazem parte.

É, portanto, um Princípio que considera as diversas apreciações inerentes ao comportamento humano, não somente as ditas legais contempladas estrita e formalmente pela ciência jurídica. A partir desta compreensão, pode-se inferir que o que está positivado é extremamente relevante, porém não é suficiente para controlar, limitar e moderar o plano jurídico.

Ao analisarmos alguns dos diplomas legais que tratam do referido Princípio como, por exemplo, o Código do Procedimento Administrativo Português em seu artigo 10º, percebemos que a Boa Fé, demanda um comportamento íntegro e leal.

O presente trabalho foi realizado com base em pesquisa legislativa, doutrinária e jurisprudencial, com a finalidade de contextualizar e conceituar o Princípio da Boa Fé. O objetivo principal é apresentar uma elucidação capaz de transparecer a grandiosa sensibilidade e influência que esse Princípio traz ao universo jurídico e à vida em sociedade.

II. NOTAS SOBRE A BOA FÉ

A Boa fé possui dois elementos, a saber, o subjetivo e o objetivo. O denominado por subjetivo está vinculado ao íntimo do agente, no acreditar que está a praticar o entendido por correto e devido, dizendo respeito ao seu estado psicológico, alcançando o que acredita ser justo e lícito. É uma crença interna que vincula o agente, por suas próprias convicções, às situações do mundo exterior.

De outro modo, a Boa fé objetiva é um dever. Tem um quê “externo” e não mais “interno”, tendo como principal objetivo evitar situações abusivas²⁰⁴.

Além da profundidade contida na sua própria conceituação, a Boa fé assume também nuances distintas quando analisada sob o prisma dos interesses privados ou dos interesses públicos. No âmbito do Direito Privado, a Boa fé se caracteriza por uma ampla autonomia na qual é considerada lícita a prática de todos os atos que não sejam proibidos pela lei. De outro modo, no cerne do Direito Público, a Boa fé possui uma autonomia restrita sendo considerado lícita somente a conduta permitida por lei²⁰⁵.

Em uma análise das relações envolvidas pelo Princípio da Boa fé temos que, na esfera privada, a ramificação se estende para as relações entre os particulares e para as relações entre os administrados e a Administração. No Direito Público, a sua vertente excede para as relações entre a própria Administração, entre a Administração e o administrado e, por fim, entre o administrado e a Administração.

No Direito Privado a Boa Fé está vinculada ao *animus* verdadeiro de que o agente está a agir com o que entende ser correto, ou seja, a questão interna, de natureza subjetiva.

De outro modo, no Direito Público a Boa fé surge como uma imposição jurídica em forma de qualificação objetiva a exigir do agente uma pré-determinada postura tida como honesta e ilibada.

²⁰⁴ “O Princípio da Boa fé abrange um aspecto objetivo, que diz respeito à conduta leal, honesta, e um aspecto subjetivo, que diz respeito à crença do sujeito de que está agindo corretamente. Se a pessoa sabe que a atuação é ilegal, está agindo de má fé.” ZANELLA DI PIETRO, MARIA SYLVIA. Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Atlas, 2012. p.88.

²⁰⁵ “(...)A identidade de designação de certos institutos no Direito Administrativo e no Direito Privado não deve, porém, induzir no erro de pensar que correspondem às mesmas realidades: a verdade é que estas requerem regimes jurídicos diferentes, consoante se localizam no campo dos interesses privados ou no reino do interesse público”. CAETANO, MARCELLO. Manual de Direito Administrativo. 10ª ed., vol. I. Coimbra: Almedina, 2015, p. 64.

A Boa fé é considerada inter-relacional pela sua capacidade de permitir envolver outros comandos principiológicos e neles subsistir.

No Direito Público, por exemplo, há relação intrínseca da Boa fé com os princípios da Transparência, da Segurança Jurídica, da Confiança, da Moralidade Administrativa e do Bom Governo^{206 207}.

Uma vez explicitado o panorama conceitual da Boa fé, é oportuno suscitar que ela tem sido utilizada como ponderação excepcional do Princípio da Legalidade para proteção jurídica aos administrados que com ela agiram, assumindo papel importante na dosagem de pena e responsabilidade²⁰⁸.

III. BOA FÉ?

O que é de facto a Boa Fé? Quando ela estaria caracterizada? Os seus limites são os mesmos para o Direito Privado e para o Direito Público? É possível pensar na Boa Fé sem a vinculação aos demais Princípios norteadores da ciência jurídica? Como isso ocorre? Essas e tantas indagações são comuns quando refletimos acerca da autêntica aplicabilidade, caracterização e fundamentação da Boa Fé.

Assim, faze-se *mister* compreender acerca da positivação desse intituito tão complexo, a Boa Fé. Em Portugal, o Princípio da Boa Fé encontra-se positivado

²⁰⁶ “Os valores éticos (lealdade, honestidade e moralidade) devem integrar a atividade administrativa, de qualquer natureza ou espécie, como núcleos fundamentais descendentes do Princípio da Boa fé, de modo que não é possível dissociar o elemento ético ou moral da conduta ou atividade jurídica, sob pena de incidir nas figuras do abuso e da fraude do direito, transplantadas para o direito administrativo nas formas peculiares do abuso e do desvio de poder.” WALLACE PAIVA, MARTINS JUNIOR. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 65.

²⁰⁷ “As exigências da Boa fé acompanham todo o desenvolvimento da relação jurídica e traduzem-se na valorização de uma conduta leal, honesta e veraz dos particulares e da própria administração. Tal conduta exige o respeito por situações de confiança de uma das partes justificadas pela conduta da outra, a ponto de terem gerado na primeira um investimento de confiança que, a ficar destruído por circunstâncias supervenientes imputáveis à outra parte, geraria grave lesão.” CABRAL DE MOCADA, LUÍS. *A relação jurídico administrativa*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, p. 175.

²⁰⁸ “Em caso de conflito, se se quiser que a paz jurídica se restabeleça, um ou outro direito (ou um dos bens jurídicos em causa) tem que ceder até um certo ponto perante o outro ou cada um entre si. A jurisprudência dos tribunais consegue isto mediante ponderação dos direitos ou bens jurídicos que estão em jogo conforme o peso que ela confere ao bem respectivo na respectiva situação. Mas ponderar e sobreparar é apenas uma imagem; não se trata de grandezas quantitativamente mensuráveis, mas do resultado de valorações que – nisso a maior dificuldade – não só devem ser orientadas a uma pauta geral, mas também à situação concreta em cada caso. Que se recorra pois a uma ponderação de bens no caso concreto é na verdade, como se faz notar, precisamente consequência de que não existe uma ordem hierárquica de todos os bens e valores jurídicos em que possa ler-se o resultado como numa tabela.” LARENZ, K., “Metodologia da Ciência do Direito”, trad. José Lamego, 3º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p.576.

na Constituição da República Portuguesa no artigo n. 266, n. 02, com redação alterada após a quarta revisão constitucional, ocorrida em 1997²⁰⁹.

No Direito Administrativo Português o Princípio da Boa Sé encontra-se também positivado no Código do Procedimento Administrativo, Decreto Lei n. 04/2015, de 07 de janeiro, em seu artigo n. 10, (antigo artigo n. 6-A)²¹⁰.

É oportuno mencionar que, de acordo com a exposição de motivos do Decreto-Lei n. 04/2015 de 07 de janeiro, a revisão visou conceder maior densidade, maior efetividade e maior evidência aos valores considerados fundamentais. É o que se extrai, por exemplo, da inclusão de novos princípios (proibição de excesso), o fortalecimento da ligação entre os conceitos principiológicos de justiça e de razoabilidade e a reformulação dos princípios já previstos (igualdade, proporcionalidade, imparcialidade, colaboração com particulares e boa fé).

Depreende-se, portanto, que quando se fala de Direito Português, tão importante quanto ter a Boa Fé resguardada, há que se penalizar a Má-Fé, para salvaguardar um ambiente de confiança na Administração Pública^{211 212}.

No Direito Brasileiro, especificamente na Constituição da República Brasileira, temos que o seu artigo nº 37 não menciona expressamente o Princípio da Boa Fé²¹³.

No entanto, apesar de não constar expressamente, é considerada presente de forma implícita. Isso porque a Boa Fé, de tamanha importância, sequer precisa

²⁰⁹ “Os órgãos e agentes administrativos estão subordinados à Constituição e à lei e devem actuar, no exercício de suas funções, com respeito pelos princípios da igualdade, da proporcionalidade, da justiça, da imparcialidade e da Boa fé.”

²¹⁰ “1 – No exercício da atividade administrativa e em todas as suas formas e fases, a Administração Pública e os particulares devem agir e relacionar-se segundo as regras da Boa fé. 2 – No cumprimento do disposto no número anterior, devem ponderar-se os valores fundamentais do Direito relevantes em face das situações consideradas, e, em especial, a confiança suscitada na contraparte pela atuação em causa e o objetivo a alcançar com a atuação empreendida.”

²¹¹ “A autonomização do princípio da boa fé no âmbito do princípio da justiça corresponde à necessidade premente de criar um clima de confiança e previsibilidade no seio da Administração Pública.” Comissão de Revisão, em anotação ao CPA, DO AMARAL, D. F.; CAUPERS, J.; CLARO, J. M.; RAPOSO, J.; GARCIA, M. G.; VIEIRA, P. S. e DA SILVA, V. P., “Código do Procedimento Administrativo Anotado”, 5.^a ed., Almedina, anot. ao artigo 6.^o-A, p. 47. Coimbra, 2006.

²¹² “No Direito Português, mais do que a proteção da Boa Fé, domina a penalização da Má Fé.” MONIS, P. L., “O princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa”, Almedina, 2011, p. 223. (apud MENEZES CORDEIRO, António. Da Boa Fé no Direito Civil, Almedina, 6 ed., p. 511).

²¹³ “A Administração Pública Direta e Indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)”

estar positivada expressa e formalmente no texto da Lei, tendo em vista que está inserida no âmbito da moralidade e da confiança.

Em outras palavras, quando a Boa Fé é inexistente, torna-se impossível acreditar que se está diante do que se entende por boa administração e defesa de interesses de natureza pública. Esse entendimento advém da ideologia da Juridicidade.²¹⁴

IV. BREVE REFLEXÃO A RESPEITO DA ANÁLISE DA BOA FÉ PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

É com foco na análise de como a Boa Fé tem sido utilizada para fins da definição da extensão das medidas sancionatórias que se passará a expor, brevemente, a respeito de dois julgamentos proferidos pelo r. Tribunal de Justiça da União Europeia.

Processo n. C-170/13

Trata-se de pedido de apreciação prejudicial, julgado na data de 16 de julho de 2015, originado a partir de uma ação inibitória com ressarcimento de danos cuminada com indenização ajuizada pela empresa Huawei Technologies Co. Ltd em face de ZTE Corp. e ZTE Deutschland GmbH.

O objeto versa sobre a ocorrência ou não de abuso de posição dominante quando a Huawei, esta detentora de uma licença de software patenteada e considerada como essencial, ajuizou uma ação inibitória em face de sua concorrente com objetivo de proibir a comercialização de produtos que utilizem a mencionada licença de software e, ainda, de requerer indenização como forma de ressarcimento dos danos causados pelo tempo em que perdurou o uso tido como indevido.

Em defesa, a empresa ZTE alega que tentou negociar e formalizar um instrumento contratual com a Huawei e, ainda, que a Huawei para ter direito a patente assumiu compromisso em fornecer a terceiros acesso/uso à referida licença, na modalidade “FRAND- Fair Reasonable and Non Discriminatory

²¹⁴ “É mais precisa, ampla e perfeita que a de legalidade, na medida em que se reporta ao direito como um todo, o que por vezes é caracterizado pela expressão ‘bloco de legalidade. É com toda a propriedade que se fala em União de Direito, tal como no Estado de Direito, impera o direito, que tem se ser respeitado pelos órgãos e servidores da União, como nos Estados-Membros.” SOUZA, F. A., “Direito Administrativo Europeu”, Vida Económica, Porto, 2016, p. 171.

Licensing” aos concorrentes. No entendimento da empresa ZTE a Huawei, ao ajuizar ação inibitória, teria incorrido em abuso da posição dominante.

No curso da instrução processual, restou apurado pelos julgadores que a empresa ZTE utilizou as tentativas negociais somente com o cunho dilatório como forma de utilizá-las como possível argumento de defesa, sem eficácia efetiva, não tendo sido vislumbrada a boa fé.

Diante disto, os julgadores entenderam que a já Huawei, ao notificar a empresa ZTE previamente ao ajuizamento de demanda judicial com o objetivo de noticiar que o uso era indevido e apresentar proposta de minuta contratual de acordo de utilização, teria agido de boa fé e, portanto, não haveria que falar em abuso de posição dominante pela proposição da ação inibitória em causa.

Assim se verifica com o fragmento, abaixo, extraído da decisão em destaque:

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Quinta Secção) declara:
1) O artigo 102.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que o titular de uma patente essencial a uma norma estabelecida por um organismo de normalização, que se comprometeu irrevogavelmente perante esse organismo a conceder a terceiros uma licença em condições equitativas, razoáveis e não discriminatórias, ditas «FRAND» («fair, reasonable, and nondiscriminatory»), não abusa da sua posição dominante na aceção deste artigo ao propor uma ação por violação de patente destinada a obter a cessação da violação da sua patente ou a retirada de produtos para cujo fabrico essa patente foi utilizada, quando: (i) antes da propositura da ação, por um lado, tiver advertido o alegado infrator da violação que lhe imputa, designando a referida patente e indicando o modo como está a ser violada, e, por outro lado, após o alegado infrator exprimir a sua vontade de concluir um contrato de licença em condições FRAND, lhe tiver apresentado por escrito uma proposta concreta de licença em tais condições, precisando, designadamente, a remuneração e as modalidades do seu cálculo; e (ii) o referido infrator continua a explorar a patente considerada e não dá seguimento a esta proposta de modo diligente, em conformidade com os usos comerciais reconhecidos na matéria e de Boa fé.]

Conforme se verifica, a boa fé foi o elemento marcante e decisor no julgamento em comento, assumindo o papel de especial relevância conforme tratado e defendido nesse trabalho.

Processo n. C-681/11

Trata-se de decisão judicial apresentado pelo Oberster Gerichtshof (Áustria), no processo Bundeswettbewerbsbehörde e Bundeskartellanwalt contra Schenker & Co. AG e outros, julgado em 18 de junho de 2013.

1. O processo visa apurar se poderia uma empresa ser investigada e condenada como envolvida na prática de cartel quando esta considerou que o seu comportamento era lícito bem como se o comportamento da empresa poderia ser considerado erro de proibição, quais seriam os limites de tal configuração e, ainda, se tratar-se-ia de uma infração nacional ou comunitária.

Assim suscitam os julgadores: “No essencial, trata-se apenas de determinar se as empresas que participaram na SSK podiam de **Boa fé** partir do princípio de que os acordos sobre preços por elas concluídos não afetavam o comércio entre os Estados-Membros e, deste modo, estavam abrangidos exclusivamente pelo âmbito de aplicação do direito austríaco dos cartéis, e não do direito europeu da concorrência.”

Em defesa, o grupo empresarial composto por 40 (quarenta) empresas afirma que por possuir uma decisão do tribunal nacional da Áustria a afirmar que se tratavam de um cartel de pequena relevância – processo este movido pelo próprio grupo empresarial visando obter o reconhecimento da legalidade da operação comercial – e, ainda, parecer de advogado reforçando o mesmo entendimento, concluíram que estavam em prática totalmente legal, devendo estes fatores serem observados pela corte julgadora.

Em análise ao caso em comento, o Tribunal entendeu que, seja pelo fato da empresa ter sido orientada por advogado, em parecer que apenas enfrentou a matéria em âmbito nacional, seja por estar em posse de decisão judicial, também somente de âmbito nacional, que a caracteriza apenas como “cartel de pequena relevância”, não se resta evidenciada hipótese de erro de proibição.

Os julgadores questionaram, ainda, o porquê do grupo empresarial, apesar da alegada dúvida e preocupação, ter tido o cuidado de ajuizar demanda judicial visando o reconhecimento da licitude de sua atividade comercial em âmbito nacional mas assim não terem feito em âmbito comunitário.

Os julgadores suscitam que antes do Regulamento 01/2003 o Direito Comunitário era, por regra, de necessária observância e aplicabilidade quando em desconformidade com o Direito Nacional. E que, contudo, após o citado regulamento, tornou-se obrigatória a sua observância já em primeiro plano, independente das circunstâncias.

Ou seja, com a vigência do citado Regulamento, as empresas passaram a ter a obrigação de confirmar a licitude da operação comercial frente ao Direito Comunitário, sem qualquer reserva. O que, no caso concreto, não ocorreu.

Os julgadores, em instrução, deixaram claro que foi devidamente analisado se o parecer foi emitido por advogado não contratado pelo grupo empresarial e, ainda, se o mesmo era especialista em Direito da Concorrência. Essa verificação foi realizada para fins da tomada de decisão quanto ao reconhecimento e consideração do seu conteúdo ou não bem como para a viabilidade da apuração da existência ou não da boa fé em todo os elementos do caso concreto.

Terminada a instrução, os julgadores decidiram condenar a atitude do grupo empresarial pelo facto de, em se tratando de empresas experientes e prósperas no mundo de negócios, sequer terem suscitado dúvida quanto ao parecer do advogado que, apesar do conhecimento jurídico, não enfrentou em detalhes a operação comercial desenvolvida, limitando-se a termos genéricos e, ainda, por nada ter dito em relação ao Direito Comunitário.

Para os julgadores, o erro de proibição seria concretizado se o grupo empresarial tivesse, efetivamente, realizado todos os esforços para evitar uma possível a infração à lei, demonstrando inequivocamente a sua Boa fé, o que não ocorreu.

VI. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este trabalho se propôs a apresentar de forma ampla os conceitos da Boa fé sob diversos pontos de vista, bem como trazer à discussão que, para a existência de uma verdadeira identificação do cenário que envolve o diagnóstico da Boa fé, é necessário um levantamento muito bem fomentado e apurado.

Isto porque, muitas das vezes, será a Boa fé a influenciadora da aplicabilidade de sanções e da sua respetiva dosimetria. Nesse contexto, com tamanha responsabilidade atribuída a um princípio com grande parte da sua natureza de cariz subjetivo, nasce a latente necessidade de discutir e aprofundar o tema.

De forma cada vez mais frequente, os fatos são revestidos de legalidade e de aparência legítima e somente a verdadeira análise da intenção do agente é que se consegue desmistificar a existência de um “cenário arquitetado sob medida” pretensiosamente adotados.

É notório que em muitas áreas do Direito há a predominância da responsabilidade puramente objetiva levando-se em consideração precipuamente o resultado causado. No entanto, mesmo perante este tipo de responsabilidade, a Boa fé exercerá importante influência quando da dosimetria da punibilidade e busca por um julgamento justo.

Com fundamento em todo o exposto, temos que a Boa fé precisa ser alvo de um olhar muito atento e analítico, com a densa compreensão das suas particularidades, para que seja possível exercer o seu importante seu papel com brilhantismo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Constituição federal de 1988, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. [10-03-2019]. 2019.

CAETANO, M., “Manual de Direito Administrativo”, 10ª ed., Almedina, Vol. I, p. 64. Coimbra, 2015.

COELHO, F. U., “Curso de Direito Civil”, v. 3, Saraiva, São Paulo, 2005, p. 33.

DO AMARAL, D. F.; CAUPERS, J.; CLARO, J. M.; RAPOSO, J.; GARCIA, M. G.; VIEIRA, P. S. e DA SILVA, V. P., “Código do Procedimento Administrativo Anotado”, 5.ª ed., Almedina, anot. ao artigo 6.º-A, p. 47. Coimbra, 2006.

DE MOCADA, L. C., “A relação jurídico administrativa”, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 175.

DI PIETRO, M. S. Z., “Direito Administrativo”, 25ª ed., Atlas, São Paulo, 2012. p.88.

JUNIOR, W. P. M., “Probidade Administrativa”, 4ª ed., Saraiva, São Paulo, 2009, p. 65.

LARENZ, K., “Metodologia da Ciência do Direito”, trad. José Lamego, 3º ed., Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

MONIS, P. L., “O princípio da Boa Fé e Decisão Administrativa”, Almedina, 2011, p. 223.

PORTUGAL. Constituição da República Portuguesa, de 25 de abril de 1976. Disponível em: <<https://dre.pt/legislacao-consolidada/-/lc/34520775/view>>. [10-03-2019].

PORTUGAL. Código do Procedimento Administrativo, de 07 de janeiro de 2015. Disponível em: <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=2248&tabela=leis>. [10-03-2019].

SOUZA, F. A., “Direito Administrativo Europeu”, Vida Económica, Porto, 2016, p. 171.

PROSTITUIÇÃO MASCULINA NO GRINDR: perspectivas sobre privacidade, consentimento e princípio da não discriminação na Lei 13.709/18

MONICA, Eder Fernandes

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor Ad-
junto da Faculdade de Direito da Universidade Feder-
al Fluminense
ederfm@id.uff.br

COSTA, Ramon Silva

Mestrando (bolsista CAPES) do Programa de Pós-
Graduação em Direito e Inovação da Universidade
Federal de Juiz de Fora
ramoncosta@outlook.com

RESUMO

O artigo aborda questões de privacidade e dignidade sexual no uso do aplicativo Grindr de relacionamento entre homens para o oferecimento de serviços sexuais. A metodologia consiste em uma revisão bibliográfica e na análise da Lei Geral de Proteção de Dados 13.709/2018, investigando os termos de uso e serviço do aplicativo Grindr e considerando nas análises os aspectos ligados ao oferecimento de serviços sexuais na esfera digital. Assim, o intuito é compreender como as questões de tutela da privacidade e dignidade sexual dos indivíduos são tratadas pelo aplicativo, em casos de prostituição e demais economias sexuais. Conclui-se que o exercício de economias sexuais virtuais deve ser pautado pelos parâmetros legais impostos à prostituição no local de uso da rede, acrescidos do rigor exigido na proteção das informações pessoais dos usuários, a partir de um consentimento esclarecido sobre o uso de seus dados e respeito aos direitos fundamentais na esfera digital.

Palavras-chaves: Prostituição Masculina; Proteção de Dados; Privacidade; Sexualidade; Consentimento.

RESUMEN

El artículo aborda cuestiones de privacidad y dignidad sexual en el uso de la aplicación Grindr de relación entre hombres para el ofrecimiento de servicios sexuales. La metodología consiste en una revisión bibliográfica y en el análisis de la Ley General de Protección de Datos 13.709 / 2018, investigando los términos de uso y servicio de la aplicación Grindr y considerando en los análisis los aspectos ligados al ofrecimiento de servicios sexuales en la esfera digital. Así, la intención es

comprender cómo las cuestiones de tutela de la privacidad y dignidad sexual de los individuos son tratadas por la aplicación, en casos de prostitución y demás economías sexuales. Se concluye que el ejercicio de economías sexuales virtuales debe ser pautado por los parámetros legales impuestos a la prostitución en el lugar de uso de la red, más el rigor exigido en la protección de la información personal de los usuarios, a partir de un consentimiento aclarado sobre el uso de sus datos y respeto a los derechos fundamentales en la esfera digital.

Palabras claves: Prostitución masculina; Protección de Datos; Privacidad; Sexualidad; Consentimiento.

ABSTRACT

The paper discusses the privacy and sexual dignity in using the Grindr app. of relationship between men for the provision of sexual services. The methodology consists of a literature review and the analysis of the General Law of Data Protection 13709/2018, investigating the terms of use and service of the Grindr app. and considering in the analyzes the aspects related to the offer of sexual services in the digital sphere. Thus, the intention is to understand how the issues of protection of the privacy and sexual dignity of the individuals are treated by the application, in cases of prostitution and other sexual economies. It is concluded that the exercise of virtual sexual economies should be guided by the legal parameters imposed on prostitution at the place of use of the network, plus the rigor required in the protection of users' personal information, based on informed consent on the use of their data and respect for fundamental rights in the digital sphere.

Key-words: Male Prostitution; Data Protection; Privacy; Sexuality; Consent.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; METODOLOGIA; I- Do michê ao GP; II- Masculinidades Digitais; III- Os Termos de uso do Aplicativo Grindr e a Proteção de Dados de usuários que oferecem serviços sexuais; IV- A Lei Geral de Proteção de Dados e os Dados Pessoais Sensíveis; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

No passado éramos essencialmente uma sociedade presencial e atualmente estamos nos tornando uma sociedade digital, o que implica em sociabilidades amplamente mediadas pela tecnologia que fomentam as relações de mercado, identidades, economias e culturas por meio do ciberespaço visualizado por Pierre Lévy em sua obra “A conexão Planetária”, marco nos estudos da sociologia

digital²¹⁵. A expansão do ciberespaço possibilitou a comunicação digital que surge da interconexão mundial dos computadores e que se amplia cada vez mais a partir do avanço das tecnologias, o que Manuel Castells intitula como “galáxia da internet” em sua análise sobre os impactos tecnológicos dos produtos e ferramentas virtuais trazidos pela expansão da internet na sociedade contemporânea²¹⁶.

As tecnologias digitais avançaram de forma expressiva com o aprimoramento da *internet* e o desenvolvimento de novas técnicas e aparelhos. O advento de equipamentos móveis geolocalizados²¹⁷, *smartphones*²¹⁸ e *tablets*²¹⁹, entre 2009 e 2010 forneceu aos indivíduos a existência de aplicativos que superaram as plataformas antigas por serem mais práticos e simples de usar. Assim, é no cenário de aplicativos utilizados por essas novas tecnologias para busca de parceiros sexuais e/ou afetivos que se concentra a discussão do presente trabalho, visto que a prostituição masculina acompanhou o processo de digitalização das relações na contemporaneidade. Nesse sentido, a questão que guia este trabalho está em como os dados pessoais de usuários que oferecem serviços sexuais no Grindr²²⁰ podem ser protegidos diante da proibição à prostituição contida nos termos de uso do aplicativo?

METODOLOGIA

A metodologia empregada nesse artigo conta com uma revisão bibliográfica, com ênfase em pesquisas sobre prostituição masculina que vão desde os estudos de Néstor Perlongher até a investigação do sociólogo Richard Miskolci sobre os desejos digitais em aplicativos gays. Ademais, compreende uma análise da Lei de Proteção de Dados no Brasil (Lei 13.709/2018), com vigência prevista para agosto de 2020, no que tange a proteção dos dados sensíveis, com destaque para o princípio da não discriminação no tratamento de dados pessoais, além de abarcar uma análise dos termos gerais de uso e consentimento do aplicativo

²¹⁵ LEVY, P., “A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência”. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001).

²¹⁶ CASTELLS, M., “A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade”, Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro, 2003.

²¹⁷ Os equipamentos geolocalizados são aqueles munidos da tecnologia GPS (*Global Positioning System*-Sistema de Posicionamento Global), que os confere a capacidade de determinar a localização geográfica das pessoas que os utilizam.

²¹⁸ Smartphones são os aparelhos celulares que incluem programas compatíveis ao sistema operacional de computadores.

²¹⁹ O tablet é um tipo de computador, com maior portabilidade e de tamanho pequeno, com fina espessura e tela sensível ao toque (touchscreen).

²²⁰ O Grindr é um aplicativo de relacionamento destinado principalmente a homens que se relacionam sexualmente com outros homens.

Grindr, em especial no que tange sua proibição expressa de oferecimento de serviços sexuais na rede. Assim, o objetivo central desse trabalho é tratar sobre o cenário de proibição da prostituição no aplicativo Grindr frente aos direitos personalíssimos dos usuários da rede, levando-se em conta a proteção dos dados desses indivíduos e o princípio da não discriminação determinados pela Lei 13.709 de 2018. Dessa forma, pretendemos contribuir com reflexões críticas em um debate acerca Lei de Proteção de Dados no Brasil e as dimensões presentes na prostituição de homens na esfera digital.

I. DO MICHÊ AO GP

O vocábulo prostituição é proveniente do latim *prosto, prostitute*, que indica estar à espera de quem quiser ou exposto ao público, ou seja, colocar diante, à frente, expor aos olhos²²¹. A definição etimológica da palavra prostituição nos diz muito sobre a diversidade de comportamentos e práticas sexuais que se baseiam no oferecimento de sexo ou afeto a partir da exposição do indivíduo, seja nas ruas, saunas, jornais ou na tela de um celular. No entanto, dentre as múltiplas economias sexuais masculinas, a “prostituição convencional” exercida por michês em espaços físicos pode ser definida como atividade que envolve homens que estabelecem relações sexuais com um número indeterminado de sujeitos, de forma habitual, em troca de pagamento. Por outro lado, as economias sexuais digitais mediadas por sites e aplicativos nos apresenta a figura do “GP”, abreviação para garoto de programa utilizada em perfis de aplicativos, o que sinaliza uma nova forma de exercício da prostituição masculina, anunciada em meio digital e, portanto, afetada pelas dinâmicas virtuais.

O antropólogo Victor Hugo Barreto²²² ao realizar uma pesquisa nas saunas gays do Rio de Janeiro observou que a prostituição masculina se apresenta nos mais diversos espaços e formas, sendo legais ou semilegais, como casas de massagem, bordéis, saunas, cinemas, serviços em domicílio, internet, etc. Isso retira a ideia da rua como único espaço para o mercado sexual masculino. As práticas da prostituição viril não se expressam apenas em espaços abertos ou fechados, incluem também um mercado sexual virtual, no qual michês anunciam e articulam seus programas por meio de salas de bate-papo, sites, redes sociais, blogs,

²²¹PALAVRA, Origem da. Etimologia da palavra prostituição. Disponible en la web: <https://origemdapalavra.com.br/palavras/prostituicao/>

²²² BARRETO, V. H. de S. “Vamos fazer uma sacanagem gostosa? Uma etnografia do desejo e das práticas da prostituição masculina carioca”. Niterói, 2017.

aplicativos de celulares, além dos tradicionais anúncios em jornais e revistas.

Não obstante, Néstor Perlongher²²³ expõe em “O Negócio do Michê”, uma cartografia paulistana da prostituição masculina, trazendo o conceito de “região moral” de Robert Park²²⁴, compreendido como o processo de “hiperterritorialização” que ocorre pela demarcação sutil de determinados pontos no cenário urbano como locais para a realização de práticas sexuais marginalizadas como a prostituição, ou a homossexualidade. Perlongher articula o conceito de Park para referir-se às “zonas de perdição e vício” das grandes cidades, caracterizadas como esgoto libidinal urbano, expressadas como “Boca do Lixo”. Nesse sentido, a constância de certas populações em agruparem suas perambulações à procura de sexo, diversões, prazeres e outros vícios relacionados à ilegalidade recebeu destaque na Sociologia Urbana por meio da aplicação da categoria de “região moral”.

É inevitável que indivíduos que buscam as mesmas formas de diversão... devam em tempo se encontrar nos mesmos lugares. A população dessas áreas tende a se segregar não apenas de acordo com seus interesses, mas de acordo com seus gostos e temperamentos.²²⁵

A ideia de mercado homossexual gueticizado²²⁶ não configura apenas uma paisagem urbana, mas também uma paisagem relacional, no que tange as interações vivenciadas pelos indivíduos presentes no meio. Portanto, essa demarcação urbana do que seriam as zonas geográficas de prostituição indica uma “hiperterritorialização” em constante movimento, onde os sujeitos negociam seus trajetos de perambulação e seus pedaços de influência.²²⁷

Nessa linha, Richard Miskolci²²⁸ identifica o processo de transição dos ambientes urbanos gueticizados e viabilizados pela circulação nômade de

²²³ PERLONGHER, O. N. “O negócio do michê: a prostituição viril”. São Paulo, 1987.

²²⁴ PARK, E. R., “A cidade: sugestões para a investigação do comportamento social no meio urbano”, Rio de Janeiro, 1973.

²²⁵ Park, R., “A cidade: sugestões para a investigação do comportamento social no meio urbano”, cit. p.64.

²²⁶ Termo utilizado por Néstor Perlongher para conferir uma conotação ao expresso na obra de Robert Park. O Mercado homossexual gueticizado seria o locus urbano de práticas sexuais discriminadas socialmente e historicamente destinadas aos becos e guetos das grandes cidades. No entanto o uso do termo se expande na obra do autor para a definição de uma característica inerente aos serviços sexuais oferecidos por homens, remontando a um aspecto da prostituição efetivada em espaços discriminados.

²²⁷ Perlongher, N. O negócio do Michê: a prostituição viril, cit.p. 27.

²²⁸ MISKOLCI, R., “Desejos Digitais: uma análise sociológica da busca por parceiros on-line.” Belo Horizonte, 2017.

homossexuais nas cidades, para um cenário higienizado, marcado pelo sedentarismo homossexual, viabilizado pelo sistema de geolocalização dos aplicativos de relacionamento, que criam núcleos relacionais homogêneos devido à facilidade e ao anonimato proporcionados pela busca por parceiros online. O sociólogo pesquisou ativamente por dez anos o uso de ferramentas digitais para relacionamento gay nas cidades de São Francisco nos Estados Unidos e em São Paulo no Brasil. Assim, intitulou o processo de digitalização do flerte como “a nova economia do desejo”, caracterizada por um “motor desejante” que não envolve apenas a busca por sexo, mas inclui a procura por aceitação social por meio da inserção em padrões socioeconômicos e socioculturais.²²⁹

Portanto, com o advento dos aplicativos a prostituição masculina passou a ocupar uma nova esfera de mediação, que não exclui as outras formas de realização do trabalho sexual, mas que reconfigura as relações entre garotos de programa e clientes. As aqui chamadas economias sexuais²³⁰ digitais são perpassadas por dinâmicas do ambiente virtual e isso exige novos encontros do fenômeno, tanto em seu contexto social como em seus aspectos jurídicos. Apesar dos termos e condições de uso dos aplicativos proibirem a utilização para fins de comércio sexual, há grande quantidade de usuários que utilizam para esses fins, além de não ser possível controlar totalmente o uso das ferramentas digitais e as relações estabelecidas pelos sujeitos. Nesse sentido, resta uma discussão sobre a autonomia sexual dos usuários que os possibilitam a satisfação de seus desejos. Em contrapartida, as reflexões sobre o tema devem abarcar as barreiras impostas pela esfera digital em um cenário no qual os dados pessoais dos usuários estão em jogo e demarcam os limites da intimidade e liberdade sexual dos indivíduos.

II. MASCULINIDADES DIGITAIS

O primeiro registro histórico de uso da tecnologia para a busca de relações amorosas foi um projeto envolvendo o uso de computadores com intuito de formar pares amorosos, ocorrido em um experimento no curso de matemática,

²²⁹ MISKOLCI, R., “San Francisco e a nova economia do desejo”. *Lua Nova* (91), São Paulo, 2014, pp. 269-295.

²³⁰ O uso do termo economias sexuais deve-se a possibilidade de um conceito mais amplo sobre os serviços e dinâmicas econômico-sexuais. Segundo a antropóloga Adriana Piscitelli (2016), essa formulação apresenta possibilidades analíticas para considerar as diferentes “escalas” nas quais tem lugar a prostituição e, sobretudo é fértil em termos de possibilitar a análise do trabalho sexual conjuntamente com outros intercâmbios, incluindo modalidades de trocas que não se confundem com a prostituição. Assim, o sexo é trocado por diferentes bens e em diferentes espaços, dentre eles a esfera digital aqui abordada.

em Stanford no ano de 1959²³¹. Como relatos mais recentes acerca de novos avanços tecnológicos ocorridos também no Vale do Silício, há a comercialização do primeiro smartphone em 2007, o Iphone, e do primeiro tablet, o Ipad em 2010. Esses equipamentos foram rapidamente copiados por empresas concorrentes e têm modificado cada vez mais a forma como as pessoas se comunicam, trabalham e estabelecem relações amorosas e contatos sexuais.²³²

Os homens homossexuais foram os primeiros e ainda são os que mais usam as mídias digitais em busca de parceiros amorosos, encontros casuais e relações sexuais.²³³ O Grindr se intitula como a maior rede social para conectar pessoas gays, bi, trans e queer no mundo²³⁴, sendo disponível para os brasileiros nos sistemas Android²³⁵ e iOS²³⁶ de celulares e também pode ser usado pela web por meio de sua página na internet. O serviço oferecido pelo aplicativo limita-se na possibilidade de contatar homens usuários geograficamente localizados próximos uns aos outros, ou até mesmo distantes para assinantes de pacotes de serviços. A partir desse contato há um diverso leque de relações, interações e acordos que podem ser efetivados entre os indivíduos, que podem caracterizar seus perfis, pela idade, altura, peso, preferências sexuais, “tribos”, etnia, anexando fotos públicas e privadas e até indicando se são portadores de HIV.

A busca por parceiros por meio de aplicativos instalados em smartphones se inicia com o lançamento do Grindr em 2009²³⁷. Por ser geolocalizado, o aplicativo permite ao usuário saber a que distância está dos parceiros potenciais, assim como comunicar-se com eles por meio de mensagens privadas e troca de fotos. Desde então, multiplicaram-se esses aplicativos para dispositivos móveis que facilitam o que Miskolci²³⁸ definiu em seus estudos de usuários de aplicativos em São Francisco como “*hook up*”, expressão conhecida no Brasil como “fast foda”, utilizada para definir encontros sexuais eventuais e sem compromisso, marcados pela efemeridade e rapidez.

²³¹ FINKEL, E. J. et al. 2012. “On-line dating: a critical analysis from the perspective of psychological science”. *Psychological Science in the Public Interest*, London, Sage, v. 13, n. 1, 2000 pp. 3-66.

²³² MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit, p. 270.

²³³ MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit.

²³⁴ GRINDR, Termos de Serviço. Disponível na web <<https://www.grindr.com/terms-of-service/>>, [05/03/2019].

²³⁵ Sistema operacional de smartphones, netbooks e tablets. É desenvolvido pela Open Handset Alliance, uma aliança entre várias empresas, dentre elas a Google

²³⁶ O iOS é um sistema operacional móvel da Apple Inc. desenvolvido originalmente para o iPhone, também é usado nos aparelhos iPod touch e iPad.

²³⁷ GRINDR, Termos de Serviço, cit.

²³⁸ MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit.

Segundo Miskolci²³⁹ o desejo que rege a busca de parceiros por meios digitais não é apenas sexual, ao passo em que também não se vincula à esfera dos afetos compreendida como dessexualizada. O autor compreende que o motor desejante por trás da busca digital envolve também aspectos menos óbvios, mas talvez até mais poderosos do que o sexo, como o anseio de aceitação/inserção social e destaca esse anseio como o fator que rege a busca e define os critérios de seleção de parceiros através dos meios digitais. A busca por parceiros em si mesmo já é bastante valorizada, visto a persistência e investimento que os indivíduos depreendem neste processo, sendo interessante notar que a “caça” por parceiros sexuais é uma experiência virilizante, já que a predação sexual costuma ser um dos atributos masculinos mais apreciados.²⁴⁰

Ao falarmos sobre os aspectos inerentes a virilidade/masculinidade, podemos acentuar uma abordagem acerca dos estudos das masculinidades. Nesse sentido destaca-se a definição de masculinidade concebida por Raewyn W. Connell, que a define como sendo “uma configuração de prática em torno da posição dos homens na estrutura das relações de gênero”, e salienta que existem “mais de uma configuração desse tipo em qualquer ordem de gênero de uma sociedade”.²⁴¹ Dessa forma, diante desta pluralidade não se deveria falar em “masculinidade”, mas em “masculinidades”. Salienta-se ainda que, dentre as inúmeras masculinidades, haveria uma que seria vista como hegemônica, considerada um ideal cultural de masculinidade. Além desta forma de masculinidade, existiriam outras que manteriam relações de subordinação, aproximação ou de marginalização em relação à hegemônica.²⁴²

Além disso, as construções de gênero e sexualidades no plano das economias sexuais digitais, pois as plataformas virtuais fazem parte dos elementos que constituem as masculinidades envolvidas no processo de busca por parceiros, encontros e contatos sexuais nos aplicativos, que carregam consigo um pretenso ar de privacidade e sigilo para os seus usuários. Nesse sentido Judith Butler afirma que não existe uma identidade de sexo por trás das expressões de gênero, e que a

²³⁹ MISKOLCI, R. “Desejos Digitais: uma análise sociológica da busca por parceiros on-line”, cit.

²⁴⁰ MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit., p. 286.

²⁴¹ CONNELL, R.W., “Políticas da Masculinidade”. Educação & Realidade, 20 (2). 1995, pp. 185-206.

²⁴² CONNELL, R. W., “La organización social de la masculinidad”, pp. 31-48. In T Valdés e J Olavarría (eds). Masculinidades: poder e crisis. Ediciones de las Mujeres 24. Isis Internacional, Santiago. 1997.

identidade é constituída como uma performance. São as performances, que estimulam as identidades de gênero.²⁴³

O processo de construção de representações performáticas tem estreita ligação com a produção de identificações, uma vez que aquelas experimentam posições de hierarquia e valorização diferenciada no mundo social. Dessa forma, modelos de representações são vistos como sinônimos de papéis sociais, modelos esperados e de certa forma exigidos, mesmo que com usos diferentes em cada sociedade. Assim, a estruturação social de uma masculinidade hegemônica está inserida em uma complexa trama de situações e condições que a favorece mais ou menos, dependendo das circunstâncias. Esse tipo de análise enfatiza a ideia de que as estruturas de poder não podem ser tomadas como definitivamente estabelecidas, mas sim como ajustadas a uma dinâmica na qual a busca de sua legitimação e o autovelamento de suas características históricas procura fixá-las como coisas naturais e eternas, de tal forma que se tornem a-históricas.²⁴⁴

As masculinidades estão sob a égide dos estudos de gênero. Nesse sentido, Joan Scott diz que “gênero significa o saber a respeito das diferenças sexuais”, e este saber, segundo ela, é pensado no sentido que lhe dava Michel Foucault²⁴⁵, isto é, sempre relativo; seus usos e significados “nascem de uma disputa política e são os meios pelos quais as relações de poder e a posição do dominador e subordinado são construídas”.²⁴⁶

O estabelecimento dos papéis sociais e performances identitárias das masculinidades e da própria masculinidade hegemônica na seara virtual depreendem algo que Miskolci aponta como a sobreposição da busca por parceiros aos efetivos encontros. O autor identifica a busca como o aspecto central do uso dessas mídias porque para grupos como os homossexuais e as mulheres, flertar com liberdade e de acordo com seus próprios critérios e perspectivas pessoais é uma experiência que lhes foi historicamente negada e agora, por meio da tecnologia, lhes é disponibilizada. Portanto buscar alguém – mesmo sem encontrar – traz uma forma de satisfação de anseios e a sensação de controle sobre a vida amorosa,

²⁴³ BUTLER, J., “Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade”, Rio de Janeiro, 2003.

²⁴⁴ OLIVEIRA, P. P. Discursos sobre a masculinidade. Revista Estudos Feministas, OLIVEIRA, P. P., “Discursos sobre a masculinidade”. Revista Estudos Feministas, vol. 06, n. 1. Rio de Janeiro 1998 p. 91-112. PALAVRA, Origem da. Etimologia da palavra prostituição. Disponível em web <https://origemdapalavra.com.br/palavras/prostituicao/>, p. 104.

²⁴⁵ FOUCAULT, M., “A história da Sexualidade: I”. Rio de Janeiro, 1993.

²⁴⁶ SCOTT, J. “Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade”, 1995. v. 2, n. 20. Porto Alegre, p. 71-100.

agora reconhecida pela capacidade de escolha em um horizonte visualizável de parceiros em potencial.²⁴⁷

As ferramentas digitais surgiram em uma nova era de ocupação e circulação urbanas, ligadas à reorganização econômica do trabalho, do lazer e do espaço e ao formato que as relações amorosas/sexuais vêm tomando nesse contexto. Nas últimas décadas há evidências históricas e sociológicas de que a vida sexual se tornou mais expressiva que na perspectiva de gerações marcadas pelos imperativos do casamento e da constituição de família, dando espaço para uma “ética sexual recreativa”.²⁴⁸

O que pesquisas de sociólogos como Laumann indica como uma nova ética sexual recreativa pode ser mais bem compreendido na perspectiva de Miskolci como a forma que o erotismo e/ou as relações sexuais assumiram centralidade na vida das pessoas, sem necessariamente resultarem em compromisso e/ou no roteiro namoro-noivado-casamento. Nesse sentido, o autor levanta a hipótese de que a sexualidade tem passado dos objetivos compulsórios da monogamia e da reprodução para outros objetivos mais flexíveis, transitórios e afeitos ao prazer, em especial nas classes mais abastadas e esta mudança seria um efeito das modificações econômicas e tecnológicas ocorridas em abundância nos últimos anos.²⁴⁹

Portanto, uma ideia de nova economia do desejo é perpassada por vantagens e desvantagens que diferem de acordo com a classe social, faixa etária, tipo étnico-racial, gênero e, principalmente, se heterossexual ou homossexual. A tecnologia não supera as desigualdades preexistentes, mas as transfere e modifica para o contexto das relações mediadas²⁵⁰. Dessa forma, as ferramentas digitais criam deslocamentos e instabilidades nas fronteiras assumidas entre os gêneros e as sexualidades, sendo um aspecto notório desse processo o anonimato permitido pelos aplicativos que atraí muitos homens que se definem como “curiosos” ou “fora do meio”, ou seja, indivíduos que contrariam definições comumente inerentes à homossexualidade ao buscarem o ideal de uma masculinidade hegemônica em determinado espaço social, utilizando os sites e aplicativos na busca por contatos sexuais discretos.

III. OS TERMOS DE USO DO APLICATIVO GRINDR E A PROTEÇÃO DE DADOS DE USUÁRIOS QUE OFERECEM SERVIÇOS SEXUAIS

²⁴⁷ MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit., p. 286.

²⁴⁸ LAUMANN, E. et al., “The social organization of sexuality”. Chicago, 2000.

²⁴⁹ MISKOLCI, R. “San Francisco e a nova economia do desejo”, cit., p. 288.

²⁵⁰ MISKOLCI, R. “Desejos Digitais: uma análise sociológica da busca por parceiros on-line”, cit.

O presente trabalho dá enfoque a uma avaliação dos termos de uso e consentimento do aplicativo Grindr, tendo em vista que é o aplicativo mais utilizado por homens gays no mundo e por conter diversos perfis voltados para mecanismos econômico-sexuais²⁵¹. Nas diretrizes de uso determinadas pela rede, encontra-se a seguinte restrição: “perfis oferecendo serviços sexuais (incluindo serviços de acompanhante e massagem) serão banidos”²⁵². Contudo, tal restrição não impede que muitos homens utilizem o aplicativo para captação de clientes ou para a efetivação de alguma economia sexual.

Nesse sentido, a forma como o aplicativo define quem são os possíveis perfis que oferecem serviços sexuais torna-se uma questão complexa, havendo casos de banimento de perfis de pessoas transexuais²⁵³, sem qualquer justificativa em acordo como parâmetro estipulado pelas diretrizes, ou seja, muitos indivíduos acabam sendo banidos por uma leitura superficial, sem que sejam claras as motivações do banimento, algo inclusive expresso nos termos e condições de serviço como uma atividade possivelmente realizada, por meio do seguinte texto:

Podemos eliminar as suas submissões e podemos bloquear a sua conta. A Grindr pode solicitar que proceda à eliminação, ou a Grindr pode eliminar, qualquer Conteúdo do Utilizador, em qualquer altura, por qualquer motivo, ou sem qualquer motivo. Qualquer violação a estas Orientações ou ao presente Acordo pelo Seu Conteúdo do Utilizador, conforme determinado pela Grindr, pode resultar na interdição da Sua Conta do Utilizador e pode resultar na terminação do Seu Acesso aos Serviços da Grindr.²⁵⁴

Assim, a privacidade dos usuários e a segurança de seus dados estão estritamente ligadas ao consentimento que concedem ao aplicativo para tratarem suas informações. Portanto, a discussão acerca dos parâmetros utilizados pela rede para banir perfis e até mesmo a proibição de perfis destinados a serviços sexuais deve ser pensada sob a ótica da regulação do tratamento de dados pessoais pelos controladores, levando-se em conta os mecanismos de categorização e vigilância aos quais os usuários são submetidos.

A proteção de dados no Brasil tem como marco legislativo mais específico, a recente aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados n. 13.709 de 2018

²⁵¹ BONFANTE, G. M., “Erótica dos signos nos aplicativos de pegação: processos multissemióticos em performances íntimo-espetaculares de si”. Rio de Janeiro, 2016.

²⁵² GRINDR, Termos de Serviço, cit.

²⁵³ DIAS, T; VARON, J. “Suruba de Dados: O troca-troca sem consentimento dos apps de encontros”. Disponível en la web: <<https://chupadados.codingrights.org/suruba-de-dados/>>. [05/03/2019].

²⁵⁴ GRINDR, Termos de Serviço, cit.

(LGDP), com vigência prevista para agosto de 2020. A LGDP marca o tratamento legal de dados pessoais e visa proteger os direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural, tendo o princípio da boa-fé como balizador para o tratamento de informações pessoais²⁵⁵. Nesse sentido, como elucida o jurista italiano Stéfano Rodotà, em um contexto de crescentes mutações e transformações conceituais e práticas, as disposições jurídicas tentam estruturar seus instrumentos de tutela ao cenário de constantes mudanças proporcionado pela sociedade digital²⁵⁶. Dentro deste desafio está também a configuração precisa do dano existente na violação de dados pessoais, quais suas distinções em relação à privacidade e em que medida se faz efetivamente necessária no cenário brasileiro²⁵⁷.

Dessa forma, se até determinado momento histórico a proteção jurídica do direito à privacidade se mostrava suficiente, atualmente, com o desenvolvimento progressivo das tecnologias na sociedade digital é possível armazenar um número ilimitado de dados de todas as naturezas, os quais circulam entre Estados, particulares e empresas privadas, muitas vezes sem qualquer tipo de controle, o que imputa em novos arranjos legais para a proteção de dados pessoais²⁵⁸. Assim, acompanhando o entendimento de Rodotà, compreende-se que o direito à proteção de dados é desvinculado do direito à privacidade e demanda uma correspondente ampliação normativa que contemple suas especificidades²⁵⁹. Seguindo a interpretação de Rodotà, João Carlos Zanon sintetiza que o direito à proteção de dados pessoais deve ser entendido como uma nova espécie no rol de direitos da personalidade²⁶⁰, visão compartilhada com Danilo Doneda que preconiza sobre a necessidade de um tratamento específico para os dados sensíveis, para evitar que as consolidações conceituais acerca da privacidade não restrinja uma regulação do fluxo informacional consoante à proteção da pessoa humana²⁶¹.

Em se tratando dos aplicativos de busca por parceiros, o consentimento requerido pelos desenvolvedores configura-se como um ponto central na discussão sobre proteção de dados pessoais. Ao consentirem com os termos dispostos

²⁵⁵ PINHEIRO, P.P., “Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)”. São Paulo, 2018.

²⁵⁶ RODOTÀ, S., “A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje”. Rio de Janeiro, 2008.

²⁵⁷ DONEDA, D., “Da privacidade à proteção de dados pessoais”. Rio de Janeiro, 2006.

²⁵⁸ RAMIRO, M. A., “El derecho fundamental a la protección de datos personales em Europa”. Valencia, 2006.

²⁵⁹ RODOTÀ, S., “Persona, riservatezza, identità”. Rivista Critica del Diritto Privato, ano XV, 1997. n.4, p. 583-609.

²⁶⁰ ZANON, J.C. “Direito à proteção dos dados pessoais”. São Paulo, 2013.p. 147-150.

²⁶¹ DONEDA, D., “Da privacidade à proteção de dados pessoais”, cit., p. 10.

pelos aplicativos os usuários se submetem às condições e normas previstas, dentre elas a proibição do uso da ferramenta para fins de prostituição. Dessa forma, o produto esquivava-se de uma conotação negativa e integra-se à legalidade vigente, ao não facilitar que seus usuários se prostituam. Tal preocupação pode ser vislumbrada em suas diretrizes, que estipula a seguinte observação para seus usuários: “Cumpra a lei. De verdade — se algo for ilegal off-line, não o faça no Grindr”. Tal texto é seguido de um rol de condutas passíveis de banimento da rede, como citações e/ou fotos de drogas e acessórios para drogas (incluindo *emojis*), fotos e/ou citações de violência e armas, perfis de pessoas menores de 18 anos e perfis oferecendo serviços sexuais.

Sendo assim, as normas de uso do aplicativo assemelham usuários que oferecem serviços sexuais a condutas ilegais, mesmo a prostituição não sendo ilegal no Brasil, onde apenas o rufianismo, os estabelecimentos de exploração sexual, o tráfico sexual de pessoas e o favorecimento ou manutenção de pessoas em exploração sexual são condutas tipificadas pela lei penal brasileira²⁶², sendo a prostituição vista como uma atividade centrada no consentimento e exercício voluntário da sexualidade por pessoas maiores e capazes, assim como outras economias sexuais. Contudo, o aplicativo prevê em seus termos que:

Os Serviços da Grindr são controlados e oferecidos pela Grindr a partir dos Estados Unidos da América e, independentemente do seu local de residência, a utilização que faz deles é regulada pela lei do Estado da Califórnia, EUA. A Grindr não oferece nenhuma garantia que os Serviços da Grindr são apropriados para utilização noutras localizações ou que sejam legais em todas as jurisdições²⁶³.

Nesse sentido, cabe ressaltar que a prostituição é crime no estado americano da Califórnia, apesar dos profissionais do sexo poderem oferecer livremente e legalmente seus serviços como acompanhantes por meio de *sites* e sistemas de telefonia, havendo a possibilidade de punição para as ferramentas digitais que de alguma forma facilitem a exploração sexual de menores ou o tráfico de pessoas, esse controle foi intensificado pela lei *Stop Enabling Sex Trafficking Act*- Lei Pare de Facilitar o Tráfico Sexual - sancionada em 2018²⁶⁴.

²⁶² BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal. Disponible en la web:« http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm». [04/03/2019].

²⁶³ GRINDR. Termos de serviço, cit.

²⁶⁴ ESTADOS UNIDOS. Lei Pare de Facilitar o Tráfico Sexual. Disponible en la web «<https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1693>» [05/03/2019].

Dessa forma, avaliando o contexto jurídico norte-americano que determina as atividades e condições de uso do aplicativo Grindr, é possível compreender melhor o rigor da rede em relação aos perfis que estimulem ou indiquem aspectos voltados principalmente para a prostituição. No entanto, quando tal característica não está expressa nas descrições dos perfis, passamos a indagar se o aplicativo por meio do acesso ao conteúdo das trocas de imagens e mensagens entre os usuários poderia banir utilizadores que estivessem oferecendo serviços sexuais. Nesse cenário, o aplicativo determina em seus termos:

A Grindr reserva-se o direito, mas não tem qualquer obrigação, de monitorizar o uso de qualquer utilizador dos serviços da Grindr, incluindo o registo ou mensagens de um utilizador, bem como o uso ou acesso de um utilizador à informação de localização e perfis de outros utilizadores. Assim, a Grindr reserva-se também o direito de (A) desativar o uso ou acesso de qualquer utilizador aos serviços da Grindr, incluindo a informação de localização ou perfis de outros utilizadores ou (B) encerrar a conta de qualquer utilizador, por qualquer motivo e sem qualquer aviso ou qualquer responsabilidade perante si²⁶⁵.

Assim, a rede não se obriga a monitorar os usuários, mas evidencia que pode o fazer e que inclusive pode acionar medidas que considere cabíveis como o banimento da conta. Tal procedimento pode ser feito em casos de pessoas que ofereçam serviços sexuais para outros usuários e que não necessariamente tenham expressado isso na descrição do perfil ou em demais dados fornecidos para a rede ao se cadastrarem. Nesse sentido, o próprio aplicativo estipula mecanismos de interferência e vigilância sobre as interações entre os usuários, ao passo em que se exime de qualquer responsabilidade acerca do conteúdo dessas interações, resguardando-se ainda no direito de excluir perfis sem aviso prévio ou justificativa.

Todo esse contexto torna a relação entre o controlador dos dados e os usuários pouco maleável, no sentido em que as opções dos utilizadores estão restritas ao que a empresa determina e ainda assim, a rede pode agir de acordo com parâmetros não publicizados em seus termos de uso e serviços, gerando possíveis desconfortos ao cancelar contas, sem a necessidade de um diálogo com os indivíduos banidos, não sendo sequer necessário que o usuário banido tenha de fato agido em discordância com o estipulado nos termos contratuais. Todavia, o aplicativo abre espaço para que alguém que tenha sentido que sua conta foi banida

²⁶⁵ GRINDR. Termos de serviço, cit.

erroneamente possa entrar em contato via e-mail com o suporte da empresa, que possivelmente avaliará o caso.

Porém, esta condição de uso impera-se apenas como uma formalidade ineficaz, não sendo tangível na realidade por não abarcar as múltiplas formas de efetivação de uma economia sexual por meio do aplicativo. Assim, nem sempre é exercido um controle capaz de catalogar os indivíduos em suas trocas de mensagens, momento no qual os usuários passam a acordar suas redes relacionais com certa primazia da autonomia e liberdade sexual e ainda com o acréscimo de seus desejos, imaginários e personalidades, ou seja, a partir do momento em que os usuários interagem entre si, as questões sobre privacidade e até mesmo a obediência aos termos de uso da rede são perpassadas por uma gama infinita de acordos e experiências de uso, podendo ocorrer inclusive interações que gerem contextos econômico-sexuais.

Contudo, o direito concedido ao desenvolvedor sobre as imagens, mensagens e informações pessoais dispostas nos perfis atinge diretamente a intimidade dos usuários e a ausência de um consentimento esclarecido revela uma violação expressa aos dados pessoais. Nesse sentido, as pesquisadoras Tatiana Dias e Joana Varon elencam o consentimento como fator primordial nas interações virtuais, não só entre os usuários, mas também entre estes e os desenvolvedores de aplicativos, visto que o ambiente digital estabelece argumentos rasos para obter um consentimento desinformado ao utilizar os dados dos consumidores de seus serviços, possibilitando uma série de abusos²⁶⁶.

Sendo assim, a relação entre a proteção de dados e a prostituição em aplicativos é conflituosa. O debate sobre a tutela das informações pessoais não pode olvidar os precedentes contratuais da relação jurídica estabelecida pelo usuário ao ceder seus dados em troca do uso da ferramenta. Assim, a dignidade e a proteção da pessoa humana devem ser o norte para a proteção de dados, o que implica levar em conta o papel central do consentimento para o exercício da liberdade sexual dos indivíduos.

Dessa forma, acompanhando a compreensão do jurista Daniel Borrillo, a liberdade sexual é a capacidade de agir eroticamente sem coação e de se expressar sexualmente segundo as próprias escolhas. O autor expressa que a vontade e o consentimento constituem os pilares da liberdade sexual, enfatizando que assim como as demais liberdades está constituída por dois aspectos fundamentais: o

²⁶⁶ DIAS, T; VARON, J. “Suruba de Dados: O troca-troca sem consentimento dos apps de encontros”. Disponível na web: «<https://chupadados.codingrights.org/suruba-de-dados/>». [05/03/2019].

direito do sujeito para exercê-la e a obrigação de todos os membros da sociedade de não interferir nesse livre exercício²⁶⁷.

No entanto, a interferência dos controladores de dados nas informações pessoais dos usuários é uma realidade e deve estar embasada em um consentimento livre e inequívoco por parte dos indivíduos. A pessoa que pretende estabelecer alguma economia sexual por meio do aplicativo, ou simplesmente oferecer serviços sexuais pela rede, deve estar ciente da forma como sua intimidade está sendo observada e sobre como seus dados são tratados, além de ser capaz de compreender que seu uso pode ser impedido de acordo com sua conduta, conduta essa que é monitorada, classificada e controlada. Assim, o consentimento depende de uma apresentação dos termos que seja mais objetiva, assim como a relação usuário-controlador carece de um maior espaço dialógico, eliminando ações de cunho discriminatório, como o banimento não justificado de perfis.

Todavia, ao se tornar um usuário da rede, a pessoa passa a estar submissa às formas de controle ali estipuladas sobre sua intimidade, sendo necessário que ela compreenda os limites entre os espaços físicos e digitais e inclusive os contextos nos quais esses espaços se interseccionam, levando-se em conta os parâmetros legais que circundam condutas em geral, retirando-se uma ideia de “terra sem lei” dos espaços digitais. Além disso, os desenvolvedores devem também seguir parâmetros legais que tutelem a dignidade dos indivíduos e os dê a segurança e proteção de dados pessoais necessárias para que não sejam violados em um aspecto tão íntimo da personalidade que é a sexualidade e a forma como ela está presente em nossas interações, relações e comportamentos.

IV. A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E OS DADOS PESSOAIS SENSÍVEIS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD - Lei 13.709/18) dispõe sobre tratamento de dados de pessoas naturais, em meios físicos e digitais, enfatizando em seu artigo 2º a proteção desses dados/informações, em consonância com a tutela de direitos, como os da liberdade de expressão e de comunicação, privacidade, honra, imagem, autodeterminação informativa e livre desenvolvimento da personalidade. No inciso VII do mesmo artigo, a lei reconhece seu fundamento nos direitos humanos fundamentais na tutela dos dados pessoais. Nesse sentido, a lei visa respaldar contextos acerca de operações de tratamento de dados,

²⁶⁷ BORRILLO, D., “Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero. Gênero, sexualidade e direitos humanos”, 2015. Disponible en la web: «<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01240641> ». [24/02/2019].

levando-se em conta a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração desses dados, como prevê em seu art. 5º, X.

A LGPD classifica e tutela de forma diferenciada os dados pessoais e os dados pessoais sensíveis. O art. 5º, I determina o dado pessoal como composto por informações relacionadas a pessoa natural identificada ou identificável, já o dado pessoal sensível se refere à “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” (art. 5º, II). Nesse sentido, o cenário de aplicativos de relacionamento que abordamos neste trabalho tratam majoritariamente os dados pessoais sensíveis.

Contudo, ao tratar dos dados sensíveis, este trabalho leva em conta um conceito de direito à privacidade (*right to privacy*) para além do entendimento tradicional, que está associado ao direito de ser deixado só. Assim, cabe ressaltar o entendimento da autora Caitlin Mulholland, para quem a privacidade evoluiu para incluir em seu conteúdo situações de tutela de dados sensíveis, de seu controle pelo titular e, especialmente, de “respeito à liberdade das escolhas pessoais de caráter existencial”. Stefano Rodotà expressa que “a privacidade pode ser definida mais precisamente, em uma primeira aproximação, como o direito de manter o controle sobre as próprias informações” sendo a esfera privada “aquele conjunto de ações, comportamentos, opiniões, preferências, informações pessoais, sobre os quais o interessado pretende manter um controle exclusivo”.

Portanto, a preocupação legislativa com os dados pessoais sensíveis que se referem aos aspectos mais íntimos da esfera privada dos indivíduos deve abarcar uma compreensão ampla do conceito de privacidade, levando-se em conta as particularidades da proteção de dados pessoais como um direito da personalidade à parte no cenário contemporâneo, no qual o conceito de privacidade ultrapassou a ideia do direito de não ser perturbado, devido ao intenso fluxo de coleta e divulgação de dados na sociedade. Nesse sentido, a preocupação legislativa com dados sensíveis é anterior a LGPD, aparecendo na lei brasileira por meio da Lei de Cadastro Positivo - Lei 12.414/11 - que em seu artigo 3º, § 3º, II, proíbe anotações em bancos de dados usados para análise de crédito de “informações sensíveis, assim consideradas aquelas pertinentes à origem social e étnica, à saúde, à informação genética, à orientação sexual e às convicções políticas, religiosas e

filosóficas”²⁶⁸. Tal dispositivo trata da análise de concessão de crédito feita pelos bancos, levando em conta o princípio da finalidade, ao vedar inclusões nas bases de dados de quaisquer informações de natureza personalíssima e que não se relacione à finalidade almejada com a análise de crédito, evitando assim o tratamento discriminatório em alusão ao princípio da não discriminação.

O princípio da não discriminação é essencial para nortear o tratamento de dados sensíveis, devido ao fato de que o uso de dados sensíveis é potencialmente lesivo, em decorrência de sua capacidade discriminatória, seja por entes privados - i.e. fornecedoras de produtos e serviços - seja por entes públicos. Segundo Rodotà, a formação de perfis baseados em dados pessoais sensíveis pode gerar discriminação por diversos fatores, dentre eles o fato de que dados pessoais, aparentemente não “sensíveis”, podem se tornar sensíveis se contribuem para a elaboração de um perfil, ou ainda em contextos em que a própria esfera individual pode ser violada quando a pessoa pertence a um grupo do qual tenha sido traçado um perfil estigmatizado, ou associado a características e interpretações negativas.

A Lei Geral de Proteção de Dados brasileira estabelece limitações específicas para o tratamento de dados sensíveis. A referida lei é influenciada pelo direito comunitário europeu, desde a Diretiva de Proteção de Dados de 1995 até o Regulamento Geral de Proteção de Dados da União Europeia (GDPR), em vigor desde maio de 2018. Seguindo o marco legislativo europeu, em seu art. 5º, XII, a LGPD adota uma fundamentação no consentimento do titular de dados para admitir o tratamento dos dados pessoais, sendo permitido o tratamento de dados pessoais a partir da manifestação livre, informada e inequívoca por meio da qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade específica. A lei estabelece ainda restrições importantes em casos de tratamento de dados sensíveis. Ademais, no que tange o consentimento, a LGPD determina em seu art. 11, I, a necessidade de que ele seja concretizado de forma específica e destacada, para finalidades singulares. Dessa forma, acompanhando o entendimento de Rodotà, há o reconhecimento de que o consentimento do titular de dados sensíveis deve ser qualificado, por tratar-se de um “contratante vulnerável”, caracterizado justamente pela ausência de liberdade substancial no momento da determinação da vontade.

Vale ressaltar que a LGPD permite em seu art. 11, II, b, o tratamento de dados sensíveis sem o consentimento do titular de dados, quando for

²⁶⁸ BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei n.12.414, de 9 de junho de 2011- Lei do Cadastro Positivo. Disponible en la web:« http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112414.htm». [02/03/2019].

indispensável para o tratamento compartilhado de dados pela administração pública para a execução de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos, além de outras hipóteses que se referem, em grande parte, a interesses públicos. Neste último caso, a partir de uma ponderação de interesses, o consentimento do titular dos dados sensíveis seria dispensado pela lei, considerando-se mais relevantes e preponderantes os interesses de natureza pública em detrimento dos interesses do titular, ainda que estes tenham qualidade de Direito Fundamental. Assim, a lei torna-se passível de críticas, visto que a proteção do conteúdo dos dados pessoais sensíveis é fundamental para o pleno exercício de Direitos Fundamentais, tais como os da igualdade, liberdade e privacidade, devendo-se levar em conta ainda o artigo 5º, X, da Constituição Federal, e o artigo 21, do Código Civil, que estipulam a proteção da esfera privada de uma pessoa, referindo-se tanto à vida privada, quanto à intimidade da pessoa humana. Contudo, pensar a proteção dos dados sensíveis de homens que oferecem serviços sexuais em aplicativos compreende um exercício complexo, que leve em conta as disposições legislativas do local em que os indivíduos utilizam a rede. Nesse sentido, o aplicativo Grindr em seus termos de serviço aponta uma seção especial para utilizadores internacionais, especificando o contexto brasileiro e determinando em seu tópico 8.6:

Aplicação da Lei Brasileira- Você e Nós concordamos que também se aplicará ao presente Acordo a Lei Brasileira, especialmente no respeitante aos direitos de privacidade, proteção de dados pessoais e sigilo de comunicações e registros privados. Você e Nós concordamos cumprir toda a legislação brasileira aplicável²⁶⁹.

Assim, a proteção de dados sensíveis de pessoas que são expressamente banidas pelo regulamento da rede deve observar os limites do controle acerca dos dados pessoais desses indivíduos, no que tange a finalidade do tratamento de dados e especialmente às ações tomadas pelos controladores que possam acarretar na exclusão de perfis a partir de pressupostos discriminatórios. Portanto, a vigilância acerca do conteúdo das interações entre os usuários deveria abster-se a sentidos de violações à legalidade local. Dessa forma, como o Brasil não criminaliza a prostituição ou qualquer outra economia sexual, os aplicativos de relacionamento deveriam partir desse pressuposto e não violarem a esfera íntima dos usuários, mesmo que possam determinar o banimento de perfis que indiquem o oferecimento de serviços sexuais expressamente por texto ou *emojis* em suas descrições, visto que este não é o propósito de uso estipulado pela empresa.

²⁶⁹ GRINDR. Termos de serviço, cit.

CONCLUSÃO

A proteção de dados pessoais é um dos direitos mais emergentes da atualidade e pode ser compreendida como uma garantia basilar na tutela da dignidade humana em uma sociedade altamente digitalizada e com um câmbio de informações, dados, serviços e produtos constante e crescente. Assim, falar em dados pessoais sensíveis implica em uma discussão sobre as mais diversas esferas da personalidade humana, dentre elas a sexualidade e, por conseguinte, a liberdade e intimidade inerentes a uma vida afetiva e sexual digna. Nesse contexto, os aplicativos de relacionamento expressam um campo relevante nas redes sociais, servindo como cenário para contatos afetivos, encontros sexuais, relacionamentos, flertes casuais e também para economias sexuais como a prostituição.

Dessa forma, ao pensarmos sobre como o direito pode contribuir ou enfraquecer a capacidade dos sujeitos de articularem seus dados pessoais em aplicativos, entendemos que o consentimento deve ser pensado como uma equação de fatores que inclua o poder econômico e comercial dos desenvolvedores e as informações pessoais dos usuários que estão em jogo. Dessa forma, a proteção de dados não deve se apoiar apenas na questão do consentimento, mas avançar para uma ideia de imposição de limites para as ferramentas digitais, o que compreende a concepção de um valor social na tutela de informações pessoais.

Nesse sentido, a realidade de homens que utilizam aplicativos para oferecerem serviços sexuais deveria ser respeitada, em especial no que tange seus direitos de autonomia e liberdade, que os garantem o exercício de economias-sexuais circunscritas à legalidade, não havendo assim, interferência discriminatória dos controladores de dados no conteúdo privado das interações entre os usuários. Portanto, mesmo que o aplicativo mantenha-se no direito de banir perfis voltados expressivamente para serviços sexuais, não deveria ocorrer a possibilidade de uma vigilância ilimitada acerca dos acordos e condutas dispostas nas relações digitais, pelo menos quando estas não violam leis do local de uso, caso contrário ainda estaremos em um panorama de violação aos direitos de personalidade desses usuários.

Contudo, este trabalho não visa uma resposta definitiva e singular para todas as dinâmicas e pessoas dispostas no aplicativo Grindr, mas entende que os

termos de uso do aplicativo se contrapõem aos objetivos primordiais da Lei de Proteção de Dados do Brasil e confronta-se diretamente com a realidade das atividades sexuais remuneradas no país. Assim, ao banir perfis que oferecem serviços sexuais por meio das mensagens, a Grindr viola contextos íntimos munidos de dados sensíveis relacionados às práticas sexuais e sexualidade dos usuários, em um país no qual a prostituição não é tipificada e que mesmo diante de moralidades sociais discriminatórias, ocorre frequentemente em todos os espaços e cada vez mais na seara digital.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARRETO, V. H. de S. “Vamos fazer uma sacanagem gostosa? Uma etnografia do desejo e das práticas da prostituição masculina carioca”. Niterói, 2017.
- BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940- Código Penal. Disponible en la web:« http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm». [04/03/2019].
- BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei n.12.414, de 9 de junho de 2011- Lei do Cadastro Positivo. Disponible en la web:« http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/12414.htm». [02/03/2019].
- BRASIL, Assembleia Legislativa. Lei 13.709/2018. Regulamenta a proteção de dados. Disponible en la web: «http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm»>>[04/03/2019].
- BONFANTE, G. M., “Erótica dos signos nos aplicativos de pegação: processos multissemióticos em performances íntimo-espetaculares de si”. Rio de Janeiro, 2016.
- BORRILLO, D., “Uma perspectiva crítica das políticas sexuais e de gênero. Gênero, sexualidade e direitos humanos”, 2015. Disponible en la web: «<https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01240641> ». [24/02/2019].
- BUTLER, J., “Problemas de gênero: feminismo e subversão de identidade”, Rio de Janeiro, 2003.
- CASTELLS, M., “A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade”, Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges, revisão Paulo Vaz. Rio de Janeiro, 2003.
- CONNELL, R.W., “Políticas da Masculinidade”. Educação & Realidade, 20 (2). 1995, pp. 185-206.

CONNEL, R. W., “La organización social de la masculinidad”, pp. 31-48. In T Valdés e J Olavarría (eds). Masculinidades: poder e crisis. Ediciones de las Mujeres 24. Isis Internacional, Santiago. 1997.

DIAS, T; VARON, J. “Suruba de Dados: O troca-troca sem consentimento dos apps de encontros”. Disponible en la web: [«https://chupadados.codingrights.org/suruba-de-dados/»](https://chupadados.codingrights.org/suruba-de-dados/). [05/03/2019].

DONEDA, D., “Da privacidade à proteção de dados pessoais”. Rio de Janeiro, 2006.

ESTADOS UNIDOS. Lei Pare de Facilitar o Tráfico Sexual. Disponible en la web [«https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1693»](https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1693) [05/03/2019].

FINKEL, E. J. et al. 2012. “On-line dating: a critical analysis from the perspective of psychological science”. Psychological Science in the Public Interest, London, Sage, v. 13, n. 1, 2000 pp. 3-66.

FOUCAULT, M., “A história da Sexualidade: I”. Rio de Janeiro, 1993.

GRINDR, Termos de Serviço. Disponible en la web [«https://www.grindr.com/terms-of-service/»](https://www.grindr.com/terms-of-service/), [05/03/2019].

LAUMANN, E. et al., “The social organization of sexuality”. Chicago, 2000.

LEVY, P., “A conexão planetária: o mercado, o ciberespaço, a consciência”. Tradução de Maria Lúcia Homem e Ronaldo Entler. São Paulo: Editora 34, 2001).

LEWICKI, B., “A privacidade da pessoa humana no ambiente de trabalho”. Rio de Janeiro, 2003.

MISKOLCI, R., “San Francisco e a nova economia do desejo”. Lua Nova (91), São Paulo, 2014, pp. 269-295.

MISKOLCI, R., “Desejos Digitais: uma análise sociológica da busca por parceiros on-line”. Belo Horizonte, 2017.

MULHOLLAND, C., “O direito de não saber como decorrência do direito à intimidade”. Comentário ao REsp 1.195.995. Civilistica.com - Revista Eletrônica de Direito Civil, 2012. v. 1, p. 1.

MULHOLLAND, C., “Dados pessoais sensíveis e a tutela de Direitos Fundamentais: uma análise à luz da Lei geral de Proteção de Dados (Lei 13.709/18)”. R. Dir. Gar. Fund., Vitória, 2018, v. 19, n. 3, p. 159-180.

OLIVEIRA, P. P., “Discursos sobre a masculinidade”. Revista Estudos Feministas, vol. 06, n. 1. Rio de Janeiro 1998 p. 91-112. PALAVRA, Origem da.

Etimologia da palavra prostituição. Disponível em web <https://origemdapalavra.com.br/palavras/prostituicao/>.

PARK, E. R., “A cidade: sugestões para a investigação do comportamento social no meio urbano”, Rio de Janeiro, 1973.

PERLONGHER, O. N., “O negócio do michê: a prostituição viril”. São Paulo, 1987.

PINHEIRO, P.P., “Proteção de Dados Pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 (LGPD)”. São Paulo, 2018.

PISCITELLI, A., “Economias sexuais, amor e tráfico de pessoas”. Cadernos pagu (47), Campinas, Núcleo de Estudos de Gênero-Pagu/Unicamp. 2016, pp.31-62.

RAMIRO, M. A., “El derecho fundamental a la protección de datos personales em Europa”. Valencia, 2006.

RODOTÀ, S., “Persona, riservatezza, identità”. Rivista Critica del Diritto Privato, ano XV, 1997. n.4, p. 583-609.

RODOTÀ, S., “A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje”. Rio de Janeiro, 2008.

SCOTT, J., “Gênero: uma categoria útil de análise histórica. Educação & Realidade”, 1995. v. 2, n. 20 . Porto Alegre, p. 71-100.

ZANON, J.C., “Direito à proteção dos dados pessoais”. São Paulo, 2013.

POBREZA, SUBSTANTIVO FEMININO: reflexões sobre o caso brasileiro

CASTRO, Carla Appollinario de

Mestre e Doutora em Ciências Jurídicas e Sociais. Professora do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) de Volta Redonda e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da UFF, carlauffvr@gmail.com

PEIXOTO, Luiz Antonio da Silva

Mestre e Doutor em Filosofia. Professor do Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF), luiz.peixoto@ufjf.edu.br

RESUMO

O presente artigo objetiva analisar os diversos indícios que apontam na direção de um agravamento da pauperização da parcela feminina da classe trabalhadora no Brasil. Nosso propósito consiste em investigar em que medida o processo de desigualdade social feminino tem se intensificado a partir da implantação do neoliberalismo, em especial, em seu estágio de austeridade fiscal. A pesquisa foi estruturada nos seguintes tópicos: i) contextualização do cenário brasileiro a partir da adoção, como projeto político e econômico, do capitalismo neoliberal combinado com a austeridade fiscal; e ii) análise das medidas que compõem a ofensiva neoliberal e a emergência de um Estado de austeridade e sua repercussão direta nos principais indicadores sociais, especialmente, quando atravessados pelos marcadores sociais da diferença.

Palavras-chaves: pobreza; pauperização; neoliberalismo; austeridade; mulheres.

RESUMEN

El presente artículo objetiva analizar los diversos indicios que apuntan en la dirección de un agravamiento de la pauperización de la parcela femenina de la clase trabajadora en Brasil. Nuestro propósito consiste en investigar en qué medida el proceso de desigualdad social femenina se ha intensificado a partir de la implantación del neoliberalismo, en especial, en su etapa de austeridad fiscal. La investigación fue estructurada en los siguientes tópicos: i) contextualización del escenario brasileño a partir de la adopción, como proyecto político y económico, del capitalismo neoliberal combinado con la austeridad fiscal; y ii) análisis de las medidas que componen la ofensiva neoliberal y la emergencia de un Estado de austeridad

y su repercusión directa en los principales indicadores sociales, especialmente, cuando atravesados por los marcadores sociales de la diferencia.

Palabras claves: pobreza; el empobrecimiento; neoliberalismo; austeridad; las mujeres.

ABSTRACT

The present article aims to analyze the various indications that point towards a worsening pauperization of the female portion of the working class in Brazil. Our purpose is to investigate to what extent the process of female social inequality has intensified since the implantation of neoliberalism, especially in its stage of fiscal austerity. The research was structured in the following topics: i) contextualization of the Brazilian scenario from the adoption, as a political and economic project, of neoliberal capitalism combined with fiscal austerity; and ii) analysis of the measures that make up the neoliberal offensive and the emergence of a state of austerity and its direct repercussion on the main social indicators, especially when traversed by the social markers of difference.

Keywords: poverty; impoverishment; neoliberalism; austerity; women.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. A adoção da agenda neoliberal no Brasil: quando o capitalismo mostra os seus dentes; 1.1. Sim, o capitalismo brasileiro é neoliberal!; 1.2. Quando tudo pode piorar e (de fato) piora: a emergência do estado de austeridade fiscal; 2. A pobreza é um substantivo feminino!; 2.1. As mulheres como alvo das principais medidas de austeridade; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O modelo imposto pela agenda política e econômica brasileira recente pode ser caracterizado pelo baixo crescimento econômico, diminuição dos investimentos sociais (custeio direto da saúde e educação), enxugamento das redes de proteção social (com imposição de critérios mais rígidos para o acesso aos benefícios sociais), flexibilização e desregulamentação das leis trabalhistas e, mais recentemente, pela tentativa de privatização da previdência social (a partir da proposição da Emenda Constitucional nº 09/2019).

Esse pacote configura a implantação, entre nós, do Estado de austeridade que teve início no segundo governo de Dilma Roussef, marcado por uma inflexão profunda em relação à política econômica adotada nos três primeiros mandatos petistas. O resultado imediato da implementação destas propostas foi o

acirramento do processo de pauperização do conjunto dos trabalhadores, com a consequente piora nos indicadores sociais que revelam o aumento da desigualdade social em nosso contexto.

É precisamente nesse cenário que se insere a presente pesquisa, com o objetivo de discutir em que medida e como essas transformações de cunho econômico e político se revestem de profundos efeitos de realidade, ao repercutirem imediatamente de forma negativa sobre a situação social de parcela expressiva dos trabalhadores.

Nossa hipótese é que os prejuízos sociais derivados de tal agenda econômica, embora impostos aos trabalhadores em geral, são mais acentuados quando, em conjunto com as medidas neoliberais de austeridade, são realizadas análises que levam em consideração os marcadores sociais da diferença de gênero, classe e raça, o que justifica a relevância do acesso e da problematização necessária acerca das diferentes repercussões no âmbito destes marcadores.

O eixo de nossa abordagem serão os principais vetores que repercutem diretamente sobre a parcela feminina da classe trabalhadora, entre os quais se destacam: desemprego (taxa de ocupação e taxa de desocupação), média salarial, nível de desigualdade (perdas salariais, concentração de renda e má distribuição dos salários), precarização das condições e relações de trabalho, encarceramento, violência, acesso à educação e à previdência social e participação política.

Para atingir o objetivo proposto, o trabalho foi estruturado em dois tópicos. No primeiro, o levantamento bibliográfico permite contextualizar o cenário brasileiro a partir da adoção, como projeto político e econômico, do capitalismo neoliberal combinado com a austeridade fiscal. No segundo, são contrastadas as medidas que compõem a ofensiva neoliberal e a emergência de um Estado de austeridade com os principais indicadores sociais, em especial, aqueles que são atravessados pelos marcadores sociais da diferença de gênero, raça e classe, a fim de compreender em que medida e como todas essas transformações econômicas implicam em um maior grau de exploração das trabalhadoras mulheres, o que resulta não apenas em sua maior pauperização, como também no aumento da desigualdade social.

II. DESENVOLVIMENTO

1. A adoção da agenda neoliberal no Brasil: quando o capitalismo mostra os seus dentes

No presente tópico, a partir do levantamento bibliográfico, será apresentada a contextualização do cenário brasileiro a partir da adoção, como projeto político e econômico, do capitalismo marcado pelos princípios da agenda neoliberal. Posteriormente, serão analisadas as suas recentes interseções com as medidas que caracterizam a austeridade fiscal.

1.1. Sim, o capitalismo brasileiro é neoliberal!

Como sugere Armando Boito Júnior, o neoliberalismo pode ser analisado a partir de quatro pilares principais: abertura comercial, privatização da produção de mercadorias e de serviços, desregulamentação e/ou flexibilização do mercado de trabalho e redução dos gastos sociais do Estado²⁷⁰.

No Brasil, o início dos anos 1990 marca a chegada da ofensiva neoliberal, durante o governo de Fernando Collor [1990-1992]. Houve um breve hiato durante o governo de Itamar Franco [1993-1994], que não teve condições políticas para implantá-lo dado o período de grande instabilidade política provocada pelo impeachment de seu antecessor e a escassa legitimidade popular de sua gestão. A agenda neoliberal se consolida mais claramente durante os dois mandatos seguintes de Fernando Henrique Cardoso [1995-2002]. Por fim, foi mantido pelos governos Lula [2003-2010] e Dilma [2011-2016], ainda que revestido de um viés mais social²⁷¹. Isso resultou na caracterização do período dos dois mandatos de Luís Inácio Lula da Silva como “Lulismo” ou como social-liberalismo²⁷², em razão da adoção de algumas medidas de cunho social. Nossa crítica, entretanto, é enfática com relação a esse conjunto de propostas sociais, seja porque houve manutenção do padrão excludente de inserção social, seja pela sua incapacidade de promover a emancipação substantiva dos indivíduos.

²⁷⁰ BOITO JÚNIOR, A., “Neoliberalismo e corporativismo de Estado no Brasil”. In: ARAÚJO, Ângela (org.). *Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra*. Boitempo, São Paulo, 2002, p. 61-62.

²⁷¹ CASTRO, C. A., “O mundo do trabalho hoje no Brasil: breves considerações sobre a nova ofensiva neoliberal”. In: *Anais do 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito*. Niterói: PPGSD-UFF, 14 a 16 de Outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n.5. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bxX9gLNHXZTrSnMNw3Eb1P3TQSi0ABEF/view>>. [07-03-2019].

²⁷² CASTELO, R., “O social liberalismo: auge e crise da supremacia na era neoliberal”. *Expressão Popular*, São Paulo, 2013.

Assim, mesmo as medidas de viés social, foram, na realidade, apenas medidas assistencialistas e focalizadas, bem distintas dos direitos sociais universais clássicos. Pelo contrário, a partir dos anos 1990 até os dias atuais temos assistido apenas o “ajuste” da economia e o “desmonte/desmanche”²⁷³ do próprio Estado e dos direitos sociais, neles compreendidos os do trabalho, eleitos como o inimigo número um da acumulação capitalista²⁷⁴.

Uma perfeita caracterização do desmonte do Estado Social, realizado a partir do início dos anos 1990 até os dias atuais, pode ser observada a partir da análise das transformações na legislação trabalhista, principal arcabouço jurídico de proteção social no Brasil, como demonstrado a seguir:

TABELA 1

Legislação trabalhista implantada durante o governo Fernando Henrique Cardoso (FHC)

1994	Medida Provisória nº 794/94 (*)	Dispõe sobre a não incorporação da Participação nos Lucros e Resultados (PLR) aos rendimentos do trabalho para efeito de cálculo dos direitos trabalhistas.
1994	Lei nº 8.949/94 (**)	Apresentada pelo PT. Torna possível que um grupo de trabalhadores se organize para a prestação de serviços e execute o trabalho em uma empresa sem que isso caracterize vínculo empregatício. Na prática, foi interpretada como uma forma de eximir a

²⁷³ O termo “desmanche”, inicialmente utilizado por Roberto Schwarz, passou a ser amplamente associado às mudanças provocadas pelo neoliberalismo no contexto brasileiro. Para um aprofundamento sobre a crítica ao “desmanche” da sociabilidade verificada no período 1964-1990, fortemente pautada pelas ilusões nacionais de desenvolvimento e superação da dependência econômica e financeira, ver: SCHWARZ, Roberto. Fim de século. In: *Seqüências brasileiras: ensaios*. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

²⁷⁴ CASTRO, C. A., “O mundo do trabalho hoje no Brasil: breves considerações sobre a nova ofensiva neoliberal”. In: Anais do 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, 14 a 16 de Outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n.5. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bxX9gLNHXZTrSnMNw3Eb1P3TQSi0ABEF/view>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

		cooperativa e seus tomadores de serviços de qualquer encargo trabalhista.
1995	Medida Provisória n° 1.053/95 (*)	Dispõe que os salários e as demais condições referentes ao trabalho devem ser fixados e revistos por meio de negociação coletiva.
1995	Portaria n° 865/95 (***)	Prevê que, em caso de incompatibilidade entre a legislação e as cláusulas sobre condições de trabalho pactuadas em convenção ou acordo coletivo, o fiscal do trabalho deve comunicar o fato à sua chefia imediata, que o submeterá à consideração da autoridade regional, cabendo à esta encaminhar a denúncia à Procuradoria Regional do Trabalho.
1996	Lei n° 9.300/96 (*)	Apresentada pelo deputado Odeldo Leão, prevê que as verbas recebidas como salário <i>in natura</i> (como, por exemplo, casa e alimentação) não sejam incorporadas ao salário para efeito de cálculo das verbas rescisórias, ou seja, para efeito de indenização na hora da dispensa.
1996	Decreto n° 2.100/96 (**)	Denúncia da Convenção n° 158 da OIT, que estabelece normas que limitam a dispensa imotivada, de maneira que tanto a despedida individual quanto a coletiva devem obedecer a certos procedimentos para que sejam consideradas juridicamente regulares.
1996	Decretos n°s. 908/93 e 2.098/96	Prevê que os acordos coletivos nas empresas estatais precisam passar pelo Comitê de Controle das Empresas Estatais e condiciona a concessão de qualquer vantagem ou aumento de remuneração à prévia e suficiente dotação

		orçamentária e de autorização específica na Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO), bem como ao prévio parecer dos Ministérios da Fazenda, Planejamento e Orçamento.
1996	Decreto nº 2.066/96 (**)	Limita o número de dirigentes sindicais no setor público e estabelece punições para servidores grevistas.
1996	Portaria nº 2/96 (**)	Amplia as possibilidades do trabalho temporário.
1997	Medida Provisória nº 1.572/97 (*)	Dispõe que o reajuste do salário mínimo não deve ter vínculo com qualquer índice de reposição da inflação.
1998	Medida Provisória nº 1.675/98 (*)	Abranda as cláusulas relativas à mediação e à produtividade, constantes da Medida Provisória nº 1053/95.
1998	Sucessivas Medidas Provisórias (*)	Posteriormente consolidadas na Lei nº 10.101/2000, a qual determina que uma comissão escolhida pelas partes, integrada também por um representante indicado pelo sindicato da respectiva categoria profissional, ou por meio de convenção ou acordo coletivo, deveria estabelecer as cláusulas da PLR.
1998	Medida Provisória nº 1.620/98 (*)	Revoga diversos dispositivos da Lei nº 8.542/92, a qual estabelecia que as cláusulas de um acordo ou convenção continuariam em vigor até que fossem explicitamente alteradas ou suprimidas por negociação coletiva, segundo o princípio da anualidade da data-base. Com a revogação dos parágrafos, os acordos deixam de vigorar se não forem renovados na data-base anual.
1998	Lei nº 9.601/98 e Decreto nº 2.490/98 (**)/ (***)	Estabelecem e regulamentam o contrato por prazo determinado, inclusive instituindo medidas de estímulo a esse

		tipo de contratação por meio da redução de encargos trabalhistas.
1998	Medida Provisória nº 1.709/98 (**) / (***)	A Lei nº 9.601/98 estabeleceu o banco de horas, tornando possível que a jornada ultrapasse as 44 horas semanais sem que o trabalhador receba o pagamento das horas extras, desde que haja compensação destas horas ao longo de um período de 4 meses. Esta MP amplia o prazo de compensação da jornada para um ano.
1998	Medida Provisória nº 1.709/98 (**) / (***)	Regulamenta o trabalho em tempo parcial, ou seja, admite uma jornada de até 25 horas semanais, com salário e férias proporcionais.
1998	Medida Provisória nº 1.726/98 (**)	Possibilita a suspensão do contrato de trabalho, por um período de dois a cinco meses, vinculada a um processo de qualificação profissional.
1998	Emendas Constitucionais nº 19/98 e 20/98	Altera os princípios e normas da Administração Pública, servidores [acumulação de cargos] e agentes políticos (EC nº 19/98) e modifica o sistema de previdência social (EC nº 20/98) – REFORMA DA PREVIDÊNCIA.
1999	Medida Provisória nº 1.878-64/99 (***)	Regulamenta o trabalho aos domingos no comércio varejista em geral.
1999	Lei nº 9.801/99 e Lei Complementar nº 96/99 (**)	Disciplina os limites das despesas com pessoal e estabelece o prazo de dois anos para a exoneração de servidores públicos estáveis por excesso de pessoal.
1999	Emenda Constitucional nº 24/99 (***)	Extingue os vogais da Justiça do Trabalho. Com essa emenda, as Juntas de Conciliação e Julgamento foram transformadas em Varas do Trabalho.

1999	Medida Provisória nº 2.164/99 (**)	Amplia as hipóteses de utilização do estágio, desvinculada da formação acadêmica e profissionalizante.
1999	Portaria nº 1.964/99 (**)	Normatiza o condomínio de empregadores rurais.
2000	Lei nº 9.957/00 (****)	Institui o procedimento sumaríssimo, ao qual está submetido todo dissídio individual cujo valor não exceda a 40 salários mínimos na data de ajuizamento da reclamação trabalhista, excluídas as demandas em que seja parte a Administração Pública Direta, as autarquias e as fundações.
2000	Lei nº 9.958/00 (****)	Instaura as Comissões de Conciliação Prévia (CCPs), com representantes de empregados e empregadores, para tentar conciliar os conflitos individuais de trabalho. Essas comissões podem ser instituídas por grupos de empresas ou ter caráter sindical. Os acordos realizados nestas Comissões não poderiam ser submetidos à Justiça do Trabalho.
2000	Emenda Constitucional nº 28/00	Instituiu o prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho, para a cobrança dos créditos resultantes das relações de trabalho.
2000	Lei nº 9.962/00 (**)	Cria a figura do empregado público, submetido ao regime previsto na CLT. Os empregados públicos contribuem para o Regime Geral de Previdência Social (Instituto Nacional do Seguro Social - INSS) e não podem receber aposentadorias maiores que o teto previsto para o Regime Geral.

2000	Lei nº 10.097/00 (**)	Permite a intermediação da mão de obra por meio do aprendiz.
2001	Lei nº 10.101/01 (*)	Regulamenta a participação dos trabalhadores nos lucros ou resultados das empresas (PL ou PLR).
2001	Lei nº 10.218/01	Dispõe que o valor das horas extraordinárias habituais integra o aviso prévio indenizado. O reajustamento coletivo, determinado no curso do aviso prévio, beneficia o empregado pré-avisado da despedida, mesmo que tenha recebido antecipadamente o salário correspondente ao período do aviso, que integra seu tempo de serviço para todos os efeitos legais.
2001	Lei nº 10.243/01 (***)	Não serão descontadas nem computadas como jornada extraordinária as variações de horário no registro de ponto não excedentes a cinco minutos, observado o limite máximo de dez minutos diários. O tempo despendido pelo empregado até o local de trabalho e para o seu retorno, por qualquer meio de transporte, não será computado na jornada de trabalho, salvo quando, tratando-se de local de difícil acesso ou não servido por transporte público, o empregador fornecer a condução.
2001	Lei nº 10.244/01 (***)	Revoga a art. 376 da CLT para permitir a realização de horas-extras por mulheres.
2001	Lei nº 10.270/01	Prevista pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT), proíbe anotações desabonadoras na Carteira de Trabalho e Previdência Social. O descumprimento por parte do empregador impõe o dever de pagar multa.

2001	Lei nº 10.272/01	Altera a redação do art. 467 da CLT. Em caso de rescisão de contrato de trabalho, havendo controvérsia sobre o montante das verbas rescisórias, o empregador é obrigado a pagar ao trabalhador, à data do comparecimento à Justiça do Trabalho, a parte incontroversa dessas verbas, sob pena de pagá-las acrescidas de cinquenta por cento.
2001	Medida Provisória nº 2.164-41/01 (**) / (***)	Acrescenta dois artigos ao texto da CLT: art 58-A (define o regime de trabalho em tempo parcial, com salário e férias proporcionais) e art. 476-A (prevê a suspensão do contrato de trabalho, de dois a cinco meses, para participação do trabalhador em curso ou programa de qualificação profissional oferecido pelo empregador).
2001	Medida Provisória nº 2.180-35/01 (*)	Inclui o § único art. 467 da CLT, para excluir a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios, suas autarquias e fundações públicas do pagamento da multa prevista no art. 467, <i>caput</i> , da CLT.
2002	Lei nº 10.421/02 (**)	Altera o prazo para que a trabalhadora gestante ingresse na licença-maternidade (art. 392 da CLT).
2002	Lei nº 10.537/02	Estabelece a cobrança de custas relativas ao processo trabalhista (nos dissídios coletivos do trabalho, nas ações e procedimentos de competência da Justiça do Trabalho – art. 789 da CLT)

Notas:

(*) Flexibilização da remuneração

(**) Flexibilização da alocação do trabalho

(***) Flexibilização do tempo de trabalho

(****) Modificação das formas de resolução dos conflitos (com amplo incentivo à solução direta)

Fonte: Elaboração própria a partir de OLIVEIRA²⁷⁵, KREIN²⁷⁶, NORONHA e ARTHUR²⁷⁷ e pesquisa complementar realizada por CASTRO²⁷⁸.

Nesse mesmo período, foram encaminhadas propostas de medidas ainda mais radicais. Embora essas propostas encaminhadas durante o governo FHC não tenham sido aprovadas, sua análise é capaz de revelar de forma substantiva o caráter radical do neoliberalismo que se pretendia implantar no Brasil, inclusive, com o amplo desmonte da estrutura sindical brasileira que ampara as conquistas sociais:

TABELA 2

Projetos enviados ao Congresso durante o governo FHC

1996	Projeto de Lei nº 1.802/96	Pelo projeto, os sindicatos seriam integralmente responsabilizados pela greve, inclusive com relação ao pagamento de multa, em caso de descumprimento de ordem judicial.
1997	Projeto de Lei nº 3.003/97	Tratava da contribuição negocial para custeio do sistema confederativo.
1998	Proposta de Emenda Constitucional nº 623/98	Era a proposta mais radical, prevendo o fim da unicidade sindical, restrição do exercício do direito de greve, substituição da contribuição sindical

²⁷⁵ OLIVEIRA, Marco Antonio. *Política Trabalhista e Relações de Trabalho no Brasil*. Da era Vargas ao Governo FHC. Tese de Doutorado. Instituto de Economia. Unicamp, 2002. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000249027>>. Acesso em: 20 fev. 2008.

²⁷⁶ KREIN, José Dari. Balança da reforma trabalhista do governo FHC. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). *Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90*. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322. Disponível em: http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal_Ref_Trab.doc. Acesso em: 26 fev. 2008.

²⁷⁷ NORONHA, Eduardo e ARTUR, Karen. Repensando a configuração dos direitos nos locais de trabalho: perspectivas e experiências – Reformas trabalhista e sindical: O que tivemos, o que se quer e o que se pode ter. In: GROS, Denise (et al). *Empresas e grupos empresariais: atores sociais em transformação*. IV Workshop Empresas, Empresários e Sociedade. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2005.

²⁷⁸ CASTRO, C. A., *Das fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social*. Dissertação apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. SETEMBRO/2010.

		obrigatória pela contribuição negocial, revisão do poder normativo da Justiça do Trabalho e estímulo à negociação direta entre trabalhadores e patrões. Além disso, estabelecia que apenas se frustrada a negociação coletiva os respectivos sindicatos poderiam “em comum acordo” ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho, “em caráter excepcional”, estabelecer normas e condições de acordo com a lei e as disposições constitucionais.
1998	Projeto de Lei nº 4.302/98	Estende a atuação da empresa de trabalho temporário ao campo, aumenta a duração e o prazo de prorrogação do trabalho temporário e amplia as possibilidades de terceirização ²⁷⁹ para todas as atividades da empresa (ou seja, tanto as atividades-meio quanto as atividades-fim).
2001	Projeto de Lei nº 5.483/01	De autoria do, então, Ministro do Trabalho, Francisco Dornelles, o projeto tinha por objetivo alterar o artigo 618 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), impondo a chamada prevalência do negociado sobre o legislado. Assim, previa que “as condições de trabalho ajustadas mediante

²⁷⁹ Destaca-se que as principais modalidades de terceirização são: i) a **sub-contratação** (realizada por meio de agência de emprego, geralmente, na forma de emprego temporário), ii) a **contratação de autônomos e prestadores de serviço** (sejam empresas, cooperativas ou indivíduos, que tanto podem constituir empresas formadas por uma só pessoa, como também podem efetuar trabalho em domicílio). Ou seja, ela “abarca todo o processo de externalização de atividades para outras empresas ou pessoas, [movimento] que se intensificou a partir dos anos 90 com as mudanças econômicas e o processo de reestruturação produtiva” (KREIN, J. D., “Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil”. Tese de Doutorado em Economia Aplicada. Campinas, Unicamp, 2007, p. 179. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000430974>. Acesso em: 20 ago. 2008).

		convenção ou acordo coletivo prevalecem sobre o disposto em lei, desde que não contrariem a Constituição Federal e as normas de segurança do Trabalho”. A medida não teria nenhum impacto direto sobre os direitos previstos na CLT e na Constituição Federal. Porém, tornaria possível a negociação do exercício desses direitos, possibilitando, por exemplo, o parcelamento do décimo terceiro salário.
2002	Projeto de Lei Complementar nº 6.032/02	Disciplina o exercício de greve dos servidores públicos nos Poderes da União, Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, previsto no art. 37, inciso VII, da Constituição Federal. Prevê, dentre outras medidas, o corte do ponto dos trabalhadores grevistas, com o, conseqüente, desconto de salário.

Fonte: Elaboração própria a partir de NORONHA e ARTUR²⁸⁰ e pesquisa complementar realizada por CASTRO²⁸¹.

TABELA 3

Legislação trabalhista proposta/implantada durante o governo Lula

2003	Emenda Constitucional nº 41/03	Modifica o regime de previdência social - REFORMA DA PREVIDÊNCIA.
2003	Projeto de Lei Complementar nº 08/03	Regulamenta o inciso I do art. 7º da Constituição Federal, que protege a relação de emprego contra a despedida arbitrária ou sem

²⁸⁰ NORONHA, Eduardo e ARTUR, Karen. Repensando a configuração dos direitos nos locais de trabalho: perspectivas e experiências – Reformas trabalhista e sindical: O que tivemos, o que se quer e o que se pode ter. In: GROS, Denise (*et al*). Empresas e grupos empresariais: atores sociais em transformação. IV Workshop Empresas, Empresários e Sociedade. Juiz de Fora: Ed. UFJF, 2005.

²⁸¹ CASTRO, Carla Appollinario de. *Das fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social*. Dissertação apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. SETEMBRO/2010.

	(**)	justa causa. Define o justo motivo objetivo autorizativo e o justo motivo subjetivo autorizativo para despedida do empregado, sendo o primeiro por dificuldade econômica do empregador e o segundo por indisciplina ou insuficiência no desempenho do empregado.
2003	Projeto de Lei nº 241/03 (**)	Altera a redação do art. 1º da Consolidação das Leis do Trabalho. Dá aos acordos e convenções coletivas de trabalho liberdade para determinar condições e prazos para o cumprimento da legislação trabalhista.
2003	Projeto de Lei nº 333/03 (**)	Altera a redação dos arts. 76 e 77 da Consolidação das Leis do Trabalho, criando incentivo para o acesso do menor, como aprendiz ou praticante, ao mercado de trabalho.
2003	Projeto de Lei nº 424/03 (**)	Altera dispositivos da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (Lei de Greve). Estabelece normas e critérios para as relações obrigacionais durante o período de greve; define as situações que constituem abuso do direito de greve, possibilita a despedida por justa causa; aplicando essa lei aos servidores públicos civis.
2003	Projeto de Lei nº 427/03 (**)	Altera a redação do parágrafo único do art. 442 da Consolidação das Leis do Trabalho. Normatiza a prestação de serviço por parte de cooperativa, sociedade e associações de trabalhadores, formal ou informalmente constituída, para trabalhar por conta própria.
2003	Projeto de Lei nº 439/03 (**)	Dispõe sobre cooperativa e associação de trabalhadores para prestação dos próprios serviços.
2003	Projeto de Lei nº 564/03	Institui incentivo fiscal com base no Imposto sobre a Renda às empresas que ofereçam vagas para estágio a estudantes na faixa dos 15 a 24 anos.

2003	Projeto de Lei nº 692/03 (**)	Dispõe sobre a política de incentivo ao primeiro emprego.
2003	Projeto de Lei nº 813/03 (**)	Concede redução progressiva dos encargos sociais na contratação de jovens entre 18 e 25 anos de idade para o primeiro emprego.
2003	Projeto de Lei nº 814/03	Concede benefício tributário às empresas que admitirem jovens em primeiro emprego.
2003	Projeto de Lei nº 917/03	Determina cotas de empresas para o primeiro emprego.
2003	Projeto de Lei nº 1.099/03 (**)	Dispõe sobre emprego para treinamento e aquisição de experiência no trabalho.
2003	Projeto de Lei nº 1.394/03 (**)	Cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE, acrescenta dispositivo à Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, e dá outras providências. Autoriza a União conceder auxílio financeiro ao prestador de serviço voluntário com idade de 16 (dezesseis) a 24 (vinte e quatro anos) integrante de família com renda mensal per capita de até meio salário mínimo.
2003	Projeto de Lei nº 1.418/03 (**)	Altera o art. 10 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que "Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências". Inclui como serviço ou atividade essencial o atendimento ao segurado da Previdência Social e da Assistência Social.
2003	Projetos de Emenda Constitucional nºs 29/09 e 108/03 (****)	Institui a liberdade sindical, alterando a redação do art. 8º da Constituição Federal. Dá nova redação aos incisos II e IV do art. 8º da Constituição Federal, a fim de dispor sobre a liberdade sindical.
2003	Projeto de Emenda Constitucional nº 121/03 (****)	Dá nova redação aos incisos II e IV do art. 8º da Constituição Federal, a fim de dispor sobre a liberdade sindical.

2003	Projeto de Emenda Constitucional nº 125/03 (**)	Dá nova redação ao inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, a fim de permitir o trabalho a partir de quatorze anos para o caso de o adolescente necessitar custear seus estudos.
2003	Projeto de Emenda Constitucional nº 139/03 (****)	Altera o art. 114 e dá nova redação ao seu § 2º, da Constituição Federal, para retirar da competência da Justiça do Trabalho o julgamento de processos de dissídios coletivos de natureza econômica.
2003	Projeto de Emenda Constitucional nº 152/03 (**)	Dá nova redação ao inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal, a fim de permitir o trabalho a partir de quatorze anos para o caso de o adolescente necessitar custear seus estudos.
2003	Lei nº 10.748/03 (**)	Cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE.
2003	Decreto nº 4.796/03 (****)	Institui o Fórum Nacional do Trabalho.
2004	Projeto de Lei Complementar nº 210/04 (**)	Institui regime tributário, previdenciário e trabalhista especial à microempresa com receita bruta anual de até R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais), e dá outras providências. Estabelece normas para inclusão previdenciária do empresário que trabalha por conta própria e de seu empregado (contribuinte individual e facultativo); concede o benefício do regime tributário simplificado e a desoneração de obrigações trabalhistas, visa incentivar o emprego formal regido pela CLT, no âmbito do pequeno empreendimento. Projeto chamado de "Reforma da CLT".
2004	Lei nº 10.887/04	Dispõe sobre a aplicação de disposições da Emenda Constitucional no 41/03 – REFORMA DA PREVIDÊNCIA.
2004	Lei nº 10.940/04 (**)	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 10.748, de 22 de outubro de 2003, que cria o

		Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens - PNPE e à Lei nº 9.608, de 18 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre o Serviço Voluntário, e dá outras providências.
2004	Medida Provisória nº 186/04 (**)	Altera e acrescenta dispositivos à Lei nº 10.748, de 22 de outubro de 2003, que cria o Programa Nacional de Estímulo ao Primeiro Emprego para os Jovens – PNPE.
2004	Portaria nº 540/04	Criar, no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego - MTE, o Cadastro de Empregadores que tenham mantido trabalhadores em condições análogas à de escravo.
2004	Projeto de Lei nº 3.879/04 (**)	Altera a Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que "dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências", para incluir a Previdência e a Assistência Social entre os serviços e atividades essenciais.
2004	Emenda Constitucional nº 45/04 (****)	Reforma do Judiciário.
2004	Proposta de Emenda Constitucional nº 314/04 (****)	Dispõe sobre a Organização Sindical e dá outras providências. Altera os artigos 7º, 8º, 9º, 11, 37, 103 e 114 da Constituição Federal de 1988.
2005	Emenda Constitucional nº 47/05	Modifica as normas de previdência social – REFORMA DA PREVIDÊNCIA.
2005	Lei nº 11.101/05 (*)/(**)	Institui a nova lei de falências, na qual o salário deixa de ser crédito privilegiado (apenas as dívidas trabalhistas no valor de até 150 salários mínimos serão consideradas prioritárias em caso de falência da empresa). Além disso, não há garantia de estabilidade no emprego enquanto durar o processo de recuperação da empresa.

2005	Lei nº 11.196/05 (**)	Institui o Regime Especial de Tributação para a Plataforma de Exportação de Serviços de Tecnologia da Informação - REPES, o Regime Especial de Aquisição de Bens de Capital para Empresas Exportadoras - RECAP e o Programa de Inclusão Digital; dispõe sobre incentivos fiscais para a inovação tecnológica.
2005	Decreto nº 5.598/05 (**)	Regulamenta a contratação de aprendizes.
2005	Proposta de Emenda Constitucional nº 369/05 (****)	Dá nova redação aos arts. 8º, 11, 37 e 114 da Constituição. Institui a contribuição de negociação coletiva, a representação sindical nos locais de trabalho e a negociação coletiva para os servidores da Administração Pública; acaba com a unicidade sindical; incentiva a arbitragem para solução dos conflitos trabalhistas e amplia o alcance da substituição processual, podem os sindicatos defender em juízo os direitos individuais homogêneos. Proposta da Reforma Sindical.
2005	Proposta de Emenda Constitucional nº 426/05 (****)	Altera o art. 114 da Constituição Federal. Altera o nome do "dissídio coletivo" para "ação normativa" que será ajuizada por sindicatos ou entidades sindicais de grau superior; altera a Constituição Federal de 1988.
2006	Lei Complementar nº 123/06	Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte.
2006	Medida Provisória nº 293/06 (****)	Dispõe sobre o reconhecimento das centrais sindicais para os fins que especifica.
2006	Medida Provisória nº 294/06 (****)	Cria o Conselho Nacional de Relações do Trabalho – CNRT.
2006	Projeto de Lei nº 7.350/06 (**)	Acrescenta inciso ao art. 10 da Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, a fim de incluir entre os serviços ou atividades essenciais a educação.

2007	Lei nº 11.457/07	Dispõe sobre a Administração Tributária Federal.
2007	Lei nº 11.603/07 (***)	Autoriza, no âmbito do comércio em geral, o trabalho aos domingos (estabelecendo que o repouso semanal remunerado deverá coincidir, pelo menos uma vez no período máximo de 3 semanas, com o domingo; bem como nos feriados).
2007	Lei Complementar nº 92/07 (**)	Estabelece a possibilidade de que sejam instituídas fundações para desempenho de atividades estatais “não exclusivas do Estado”, por meio da contratação sob o regime celetista para as seguintes áreas: saúde, educação, assistência social, cultura, desporto, ciência e tecnologia, meio-ambiente, previdência complementar do servidor público, comunicação social e promoção do turismo nacional.
2007	Projeto de Lei nº 536/07	Estabelece procedimentos para descondição de atos ou negócios jurídicos, para fins tributários, conforme previsto no parágrafo único do art. 116 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional (CTN).
2007	Projeto de Lei nº 1.321/07 (****)	Altera os artigos 511, 512, 513, 514, 516, 517, 518, 519, 522 e revoga os artigos 515, 520, 521, 525, 527, todos da Consolidação das Leis do Trabalho. Estabelece normas para a criação e o funcionamento dos sindicatos.
2007	Projeto de Lei nº 2.085/07 (**)	Modifica a redação do art. 582 da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Exige a autorização individual dos empregados para descontar em folha de pagamento o valor da contribuição sindical.
2007	Projeto de Lei nº 2.260/07 (**)	Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que aprovou a Consolidação das

		Leis do Trabalho (CLT), para tornar facultada a contribuição sindical. Condiciona o recolhimento da contribuição sindical (imposto sindical) à previa autorização individual do trabalhador e do empregador.
2007	Projeto de Lei nº 2.419/07 (**)	Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.
2007	Projeto de Lei nº 2.513/07 (**)	Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal. Prorroga por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade, estabelecendo que as importâncias recebidas a título de prorrogação da licença não integrarão o salário de contribuição.
2008	Proposta de Emenda Constitucional nº 268/08 (**)	Dá nova redação ao art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal. Permite que o adolescente possa trabalhar a partir dos quatorze anos e seja aprendiz a partir dos doze anos.
2008	Lei nº 11.648/08 (****)	Dispõe sobre o reconhecimento formal das centrais sindicais para os fins que especifica, altera a Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.
2008	Lei nº 11.770/08 (**)	Cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade mediante concessão de incentivo fiscal.
2008	Lei nº 11.788/08 (**)	Dispõe sobre o estágio de estudantes; altera a redação do art. 428 da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.
2008	Projeto de Lei nº 4.059/08 (**)	Acrescenta dispositivo ao Código Civil, a fim de permitir a prestação de serviços na atividade-fim da empresa.
2008	Projeto de Lei nº 4.430/08 (****)	Dispõe sobre a organização sindical, o custeio das entidades sindicais e a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, e altera a Consolidação das Leis do Trabalho

		para dispor sobre o diálogo social, a negociação coletiva e as convenções e acordos coletivos de trabalho.
2008	Decreto nº 6.841/08	Regulamenta os artigos 3º, alínea “d”, e 4º da Convenção 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) que trata da proibição das piores formas de trabalho infantil e ação imediata para sua eliminação, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 178, de 14 de dezembro de 1999, e promulgada pelo Decreto nº 3.597, de 12 de setembro de 2000.
2008	Lei Complementar nº 128/08	Regulamenta o Microempreendedor Individual – MEI (“Pequeno Empreendedor”).
2009	Decreto nº 6.856, de 25.5.2009	Regulamenta o art. 206-A da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 – Regime Jurídico Único, dispondo sobre os exames médicos periódicos de servidores.
2009	Decreto nº 7.003 de 9.11.2009	Regulamenta a licença para tratamento de saúde, de que tratam os arts. 202 a 205 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e dá outras providências.
2009	Decreto nº 7.052 de 23.12.2009	Regulamenta a Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008, que cria o Programa Empresa Cidadã, destinado à prorrogação da licença-maternidade, no tocante a empregadas de pessoas jurídicas.
2009	Lei nº 11.901/09	Dispõe sobre a profissão de Bombeiro Civil.
2009	Lei nº 11.959/09	Dispõe sobre a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável da Aquicultura e da Pesca, regula as atividades pesqueiras.
2009	Lei nº 12.009/09	Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros, “mototaxista”, em entrega de mercadorias e em serviço comunitário de rua, e “motoboy”, com o uso de motocicleta, altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para

		dispor sobre regras de segurança dos serviços de transporte remunerado de mercadorias em motocicletas e motonetas – moto-frete – estabelecendo regras gerais para a regulação deste serviço.
2009	Lei nº 12.023/09	Dispõe sobre as atividades de movimentação de mercadorias em geral e sobre o trabalho avulso.
2010	Lei nº 12.275/10	Altera a redação do inciso I do § 5o do art. 897 e acresce § 7o ao art. 899, ambos da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, modificando os requisitos do recurso de agravo na Justiça do Trabalho.
2010	Projeto de Lei Complementar nº 554/10	Regulamenta o inciso II do § 4º do art. 40 da Constituição, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao servidor público titular de cargo efetivo cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.
2010	Projeto de Lei Complementar nº 555/10	Regulamenta o inciso III do § 4º do art. 40 da Constituição, que dispõe sobre a concessão de aposentadoria especial ao servidor público titular de cargo efetivo cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.
2010	Emenda Constitucional nº 64/10	Altera o art. 6º da Constituição Federal, para introduzir a alimentação como direito social.

Notas:

(*) Flexibilização da remuneração

(**) Flexibilização da alocação do trabalho

(***) Flexibilização do tempo de trabalho

(****) Modificação das formas de resolução dos conflitos (com amplo incentivo à solução direta)

FONTE: Elaboração própria a partir de GALVÃO²⁸² e pesquisa complementar realizada por CASTRO²⁸³.

TABELA 4

Legislação trabalhista proposta/implantada durante o governo de Dilma Roussef

<p>Medida Provisória nº 665/2014 (convertida na Lei nº 13.134, de 16/06/2015)</p>	<p>Alterou as regras para obtenção do seguro-desemprego.</p>	<p>Foram impostas mudanças relacionadas aos requisitos para a concessão do benefício e também a sua duração.</p> <p>Antes da Lei nº 13.134/2015, para que o trabalhador demitido sem justa causa recebesse o seguro-desemprego bastava que ele tivesse recebido salários nos últimos 6 meses imediatamente anteriores à data da dispensa.</p> <p>A Lei nº 13.134/2015 tornou mais rígida essa regra: Agora, para fazer a primeira solicitação do seguro-desemprego, a pessoa terá que ter trabalhado durante, no mínimo, 12 meses nos últimos 18 meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação;</p> <p>Se for o segundo requerimento de seguro-desemprego, esse prazo mínimo será de 9 meses, nos últimos 12 meses.</p>
--	--	---

²⁸² GALVÃO, A., “Neoliberalismo e reforma Trabalhista no Brasil”. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

²⁸³ CASTRO, C. A., “Das fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social”. Dissertação apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. SETEMBRO/2010.

		A partir do terceiro requerimento, o prazo será de 6 meses.
Medida Provisória nº 664/2014 (convertida na Lei nº 13.135, de 17/06/2015)	Alterou as regras para a concessão da pensão por morte e os prazos de recebimento do benefício.	Foram impostas regras mais rígidas relacionadas aos requisitos para a concessão do benefício e também a sua duração. Agora, a pensão é em regra temporária. Apenas os beneficiários com 44 anos ou mais têm direito à pensão por morte vitalícia. Houve a tentativa de redução do valor da pensão por morte à metade. Entretanto, tal medida não foi aprovada. Assim, ficou mantido o valor quase integral.
Medida Provisória nº 676, de 17 de julho de 2015. (convertida na Lei nº 13.183, de 4/11/2015)	Altera a Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991 (que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social) e a Lei nº 12.618, de 30/04/2012 (que instituiu o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo)	Altera a fórmula para aposentadorias em alternativa ao fator previdenciário. Tornou obrigatório o Regime de Previdência Complementar para todos os servidores que ingressaram no serviço público após 1º/03/2013.
Medida Provisória		Redução temporária da jornada de trabalho e salário em até 30%, por meio de acordo coletivo específico, com manutenção do emprego.

<p>n° 680, de 6 de julho de 2015.</p> <p>(Regulamen- tada pelo Decreto n° 8.479, de 6/07/2015)</p>	<p>Instituiu o PPE – Programa de Proteção ao Emprego²⁸⁴</p>	<p>O FAT complementa 50% da redução salarial para compensar parcialmente a remuneração dos trabalhadores</p> <p>Atualmente, tem duração de até 6 meses, mas pode ser prorrogado por até 12 meses.</p> <p>Incluiu um artigo que prevê a supremacia de acordos coletivos sobre a legislação trabalhista, desde que eles sejam mais benéficos do que a legislação social.</p> <p>Foi apresentada uma emenda à MP680/2015, no curso do processo de sua conversão em lei, para que o prazo de redução da jornada e da remuneração possa ter duração de 6 (seis) meses com prorrogações sucessivas até 2 (dois) anos, no total.</p> <p>Outra alteração importante, apresentada por emenda durante o processo de conversão da medida provisória, é que há um artigo que prevê que o direito negociado prevaleça sobre o legislado, independentemente do maior benefício.</p>
--	--	---

²⁸⁴ De acordo com o Ministério do Trabalho e Emprego, até outubro de 2015, foram firmados 16 acordos no âmbito do PPE e 111 acordos fora das regras do PPE de forma direta entre os sindicatos. Cabe esclarecer que, no PPE, a redução na remuneração é menor. Porém, como muitas empresas têm dívidas com o Fisco, elas ficaram impedidas de firmarem o PPE, recorrendo ao acordo direto com os sindicatos, na modalidade de lay-off (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. “Programa de Proteção ao Emprego já favorece mais de 18,7 mil trabalhadores”. 14/10/2015. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/index.php/component/content/article?id=1192>. [09-10-2015].

<p>Proposta de Emenda à Constituição nº 139/2015</p> <p>(em tramitação na Câmara dos Deputados)</p>	<p>Revoga o §19 do art. 40 da Constituição e o §5º do art. 2º e o §1º do art. 3º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003.</p>	<p>Pretende extinguir o abono de permanência para o servidor público que tenha completado as exigências para a aposentadoria voluntária e opte por permanecer em atividade.</p>
<p>Emenda Constitucional nº 88, de 2015</p>	<p>Alterou o artigo nº 40, §1º, II, da CRFB e o artigo nº 100, do ADCT.</p>	<p>Aumentou para 75 anos a idade para a aposentadoria compulsória dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União.</p>
<p>Medida Provisória nº 664, de 2014</p> <p>(convertida na Lei nº 13.135, de 17 de junho de 2015)</p>	<p>Alterou as Leis nº 8.213/1991, nº 10.876/2004, nº 8.112/1990 e nº 10.666/2003.</p>	<p>Altera o auxílio doença do servidor e a pensão por morte dos seus beneficiários e dependentes.</p>
<p>Medida Provisória nº 676, de 17 de julho de 2015.</p> <p>(convertida na Lei nº 13.183, de 4/11/2015)</p>	<p>Altera o art. 1º da Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012 (para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo).</p>	<p>Aprova a adesão automática ao FUNPRESP - Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal, impondo ao servidor o dever de manifestar, em até 90 dias, a vontade de não permanecer nesse Regime.</p>

FONTE: Elaboração própria, a partir da legislação disponibilizada no site do Palácio do Planalto e da Câmara dos Deputados e pesquisa complementar realizada por CASTRO²⁸⁵.

Conforme se extrai das tabelas acima, que revelam o conjunto de medidas que repercutiram diretamente para a desproteção social do trabalho, não foram poucas as empreitadas contra os direitos sociais dos trabalhadores nos últimos anos, em especial, no que se refere aos direitos trabalhistas e previdenciários. Tais transformações, impostas no estágio do capitalismo neoliberal, têm resultado, sob o ponto de vista objetivo, em uma inaudita precarização das condições e das relações de trabalho, motivo pelo qual torna-se importante a sua análise como fase distinta dos ciclos anteriores do capitalismo mesmo no contexto brasileiro.

Passaremos agora à análise das medidas no contexto mais recente de aprofundamento das medidas que compõem a agenda neoliberal no Brasil.

1.2. Quando tudo pode piorar e (de fato) piora: a emergência do estado de austeridade fiscal.

Desde a crise econômico-financeira de 2008, uma nova palavra passou a integrar o vocabulário político em esfera global: austeridade. Isto é, uma agenda política que tem como único foco o corte de investimentos estatais (reduzidos apenas a despesas) sob o argumento de promover o crescimento, apresentada como melhor solução ao problema do baixo crescimento econômico ou mesmo a sua estagnação.

Ao analisar o mesmo cenário pós crise de 2008, Antônio Casimiro Ferreira destaca a emergência de uma economia de austeridade, ou seja,

(...) a resposta dos Estados que materializa essa transferência para os cidadãos dos custos da recuperação do sistema financeiro, podendo ser imposta diretamente pelos poderes nacionais ou indiretamente pelos credores. Em última análise, é no esforço dos cidadãos que residem as soluções para a crise²⁸⁶.

²⁸⁵ CASTRO, C. A., “O mundo do trabalho hoje no Brasil: breves considerações sobre a nova ofensiva neoliberal”. In: Anais do 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, 14 a 16 de Outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n.5. Disponível em: <<https://drive.google.com/file/d/1bxX9gLNHXZTrSnMNw3Eb1P3TQSi0ABEF/view>>. [07-03-2019].

²⁸⁶ FERREIRA, A. C., “A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção”. In: Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 95, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4123929>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

Ferreira observa que o processo de “austerização” é imposto à sociedade de uma forma geral, mas que, com relação à esfera laboral, essa imposição é mais acentuada e:

(...) envolve uma dinâmica política nacional que resulta da atuação de um governo ocupado em difundir a mensagem de que “não há alternativa”. Neste sentido, transmite a ideia de que a culpa pela situação em que estamos mergulhados passa por todos os indivíduos, fazendo-os “pagar” e acreditar que foram as suas ações e o seu modo de vida imprudente que contribuíram para a situação atual²⁸⁷.

O abandono pelo Estado de suas funções essenciais também é observado por Ferreira, ao chamar a atenção para o fato de que:

Com a força da nova autoridade, as reformas da austeridade levadas a cabo pelo Estado deixam perceber a dupla lógica de atuação do mesmo. Por um lado, o Estado surge como detendo o monopólio da austeridade legítima, instrumento através do qual assume as tarefas de combater a crise, impedindo a bancarrota nacional, e de proteger os indivíduos da incerteza face ao futuro. Por outro lado, aprofunda o processo de desmantelamento do Estado Social, cujo núcleo é a proteção coletiva dos danos particulares através do triplo processo de privatização dos bens públicos, de individualização dos riscos sociais e de mercadorização da vida social²⁸⁸.

A emergência da economia de austeridade, com todas as suas marcas distintivas acima mencionadas, começa a ganhar relevo no cenário brasileiro a partir do segundo mandato de Dilma Roussef, após a nomeação do então Ministro da Fazenda Joaquim Levy, em 2015, que assumiu claro discurso de defesa das políticas de ajuste fiscal (austeridade) como remédio para a crise fiscal já àquela época experimentada por nós. O governo de Dilma Roussef foi alvo de um processo de impeachment e, por isso, a implantação das propostas caracterizadoras do estado de austeridade fiscal somente ocorreu no governo do seu sucessor, o vice-presidente alçado à presidência, Michel Temer.

Tão logo teve início o seu governo, Temer tratou de propor uma nova ofensiva do capital contra o trabalho, ironicamente denominada, pelo próprio governo federal, de “*Caminho para o diálogo e a pacificação das relações de trabalho*”²⁸⁹, sob

²⁸⁷ FERREIRA, A. C., “A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção”, cit.

²⁸⁸ FERREIRA, A. C., “A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção”, cit.

²⁸⁹ MINISTÉRIO DO TRABALHO. “Perguntas e respostas sobre a proposta de modernização da legislação trabalhista” [Cartilha da modernização]. Disponível em: <http://www.ce-brasse.org.br/downloads/pdf/cartilha_modernizacao.pdf>. [20-01-2017].

os mesmos pretextos de sempre: modernizar a legislação, desburocratizar as relações de trabalho e ampliar o emprego formal, como se fosse possível realizar a conciliação dos opostos²⁹⁰.

Assim, foram implantadas três novas importantes alterações legislativas que modificaram de forma bastante substantiva o padrão das relações e condições de trabalho brasileiras:

TABELA 5

Legislação trabalhista proposta/implantada durante o governo de Michel Temer

<p>Lei nº 13.429, de 31 de março de 2017.</p> <p>[LEI DA TERCEIRIZAÇÃO]</p>	<p>Altera dispositivos da Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que dispõe sobre o trabalho temporário nas empresas urbanas e dá outras providências; e dispõe sobre as relações de trabalho na empresa de prestação de serviços a terceiros.</p>	<p>Autoriza a terceirização irrestrita das atividades fim (a terceirização não mais fica adstrita às atividades meio [ou seja, acessórias]).</p> <p>Autoriza a terceirização na Administração Pública Direta e Indireta.</p>
<p>Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017.</p> <p>[REFORMA TRABALHISTA]</p>	<p>Altera a Consolidação das Leis do</p>	<p>Foram realizadas, ao todo, 114 alterações na CLT. Foram inseridos 43 novos artigos e revogados 9, no total. A síntese das principais modificações pode ser compreendida como:</p> <p><i>- adoção do princípio do negociado sobre o legislado</i>, sublimando a condição de hipossuficiente do</p>

²⁹⁰ MARCUSE, H., “O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada”. EDIPRO, São Paulo, 2015, p. 111-112.

(com entrada em vigor em 11/11/2017)

Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n° 5.452, de 1° de maio de 1943, e as Leis n° 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho.

trabalhador, que poderá até mesmo firmar acordo individual;

- *relativização do princípio da isonomia salarial* = terceirização como regra (e não como exceção);

- *ampliou a terceirização (atividade fim)*;

- *ampliou o trabalho precário por meio da adoção de formas variadas de trabalho flexível* (por exemplo, em regime de tempo parcial que passa a ser de até 30 horas semanais que permite o recebimento de quantia menor do que o salário mínimo, contratos temporários de até 120 dias e intermitente [sem que o trabalhador saiba exatamente qual o seu turno ou dia de trabalho]);

- *acabou com o pagamento das horas de deslocamento*;

- *Excluiu a obrigatoriedade de homologação das demissões por sindicatos*;

- *Eliminou a obrigação de negociar as demissões coletivas com os sindicatos*;

- *Restringiu as hipóteses e fixou limites para indenizações por danos morais*;

- *Autorizou arbitragens trabalhistas para salários acima de R\$11.100,00*;

		<ul style="list-style-type: none"> - <i>Autorizou o parcelamento das férias em 3 períodos, redução do intervalo intrajornada para descanso ou refeição para 30 minutos, possibilidade de jornada diária de até 12 horas</i> (que afetam o critério biológico, comprometendo a saúde do trabalhador); - <i>limitou o acesso à Justiça do Trabalho</i> (por meio da imposição de restrições à gratuidade de justiça); - <i>extingue a contribuição sindical obrigatória</i> (que passou a ser facultativa); - <i>autorizou o trabalho insalubre para a gestante.</i>
<p>MP nº 808, de 14/11/2017</p> <p>(a MP não foi convertida em lei. Assim, o texto da reforma trabalhista foi restabelecido)</p>	<p>Alterou alguns dispositivos da CLT que foram implantados pela Lei nº 13.467/2017</p>	<p>Em 14 de novembro, isto é, apenas três dias após a lei da Reforma Trabalhista ter entrado em vigor, o presidente Temer, em razão das inúmeras críticas, assinou uma Medida Provisória que realizou alterações nos seguintes aspectos:</p> <p><i>Jornada de trabalho 12x36</i> <i>Dano extrapatrimonial</i> <i>Empregada gestante e lactante</i> (passou a ser exigido atestado médico autorizando o trabalho da trabalhadora gestante ou lactante em condições insalubres ou perigosas) <i>Autônomo exclusivo</i></p>

		<i>Trabalho intermitente</i> <i>Incidência de encargos trabalhista e previdenciário</i> <i>Cobrança e distribuição da gorjeta</i> <i>Representação em local de trabalho</i> <i>Negociado sobre o legislado no enquadramento do grau de insalubridade</i> <i>Arrecadação/contribuição previdenciária</i>
--	--	--

FONTE: Elaboração própria, a partir da legislação disponibilizada no site do Palácio do Planalto (2019).

As principais transformações impostas pela nova reforma trabalhista representam inegável retrocesso histórico, impondo um novo padrão de exploração capitalista pelo trabalho, não mais pautado pela proteção, mas sim pela desproteção, uma vez que promovem alterações substantivas nas condições de trabalho, no que se refere à saúde e ao ganho econômico pelo trabalho.

No Estado de Bem-Estar Social a legislação trabalhista era um obstáculo à acumulação capitalista obtida por meio da exploração pelo trabalho. Agora, no neoliberalismo, a burguesia não quer entraves à acumulação e ela se volta à expansão da exploração do trabalho por meio da diminuição do custo do trabalho como forma de continuar garantindo o aumento do lucro. É o que pode ser caracterizado como reino da mais-valia absoluta.

Uma síntese das principais transformações pode ser assim compreendida: i) não há qualquer relação determinante entre a proteção trabalhista e a geração de empregos. Pelo contrário, a proteção ao direito do trabalho assegura a distribuição de renda. Além disso, jornadas excessivas de trabalho e a alta rotatividade (causada pelos vínculos precários) diminuem sensivelmente a produtividade. Assim, o discurso segundo o qual o direito do trabalho se relaciona com o nível de emprego é puramente ideológico. Logo, há um mito de que a proteção trabalhista gera desemprego, como revela Rodrigo Carelli²⁹¹.

²⁹¹ CARELLI, R. L., “Os 5 mitos da Justiça do Trabalho: mitos impedem que haja a necessária análise desprovida de paixões ideológicas”. JOTAINFO, 07/09/2016. Disponível em:

Outro mito diz respeito ao excesso de processos na Justiça do Trabalho que seria causado pelo direito do trabalho. Mais da metade dos processos trabalhistas envolvem saldo de salário e verbas rescisórias não pagas pelos empregadores, ainda de acordo com Carelli²⁹².

Um terceiro mito se refere ao fato de os empregadores não terem segurança jurídica por meio dos acordos e convenções coletivas. Na realidade, muitas vezes esses instrumentos normativos ocultam retiradas de direitos. Então, o que os patrões denominam de insegurança jurídica na realidade diz respeito à manutenção dos direitos trabalhistas garantida pela Justiça do Trabalho quando essas normas são questionadas, como afirma Carelli²⁹³.

Um balanço das reformas realizadas por Temer (por exemplo, a Emenda Constitucional que limitou os investimentos sociais, a reforma trabalhista e a lei da terceirização) permite-nos concluir que tais medidas não promoveram nenhuma revitalização básica da economia. Pelo contrário, o número de desempregados aumentou e houve redução na taxa de ocupação.

A especificidade do contexto brasileiro, marcado por profundas desigualdades sociais, não aparece em nenhum momento no discurso oficial. Pelo contrário, as diferentes concepções de pobreza que, em alguma medida nortearam o debate político em distintos cenários econômicos, no atual estágio do capitalismo neoliberal de austeridade, foram completamente abandonadas como se a responsabilidade pela problemática, em si, não exigisse forte atuação estatal.

Assim, foram eliminadas todas as discussões sobre a naturalização da pobreza (a visão “darwinista”), o reducionismo da pobreza à pobreza absoluta (a visão “empirista”), a pobreza como resultado da assistência social (a visão “paternalista”) e a pobreza como consequência indesejável do processo de acumulação capitalista, isto é, como um estágio a ser superado (a visão “desenvolvimentista”)²⁹⁴.

<https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/os-5-mitos-da-justica-trabalho-07092016>. [20-12-2016].

²⁹² CARELLI, R. L., “Os 5 mitos da Justiça do Trabalho: mitos impedem que haja a necessária análise desprovida de paixões ideológicas”. JOTAINFO, 07/09/2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/os-5-mitos-da-justica-trabalho-07092016>. [20-12-2016].

²⁹³ CARELLI, R. L., “Os 5 mitos da Justiça do Trabalho: mitos impedem que haja a necessária análise desprovida de paixões ideológicas”. JOTAINFO, 07/09/2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=https://www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/os-5-mitos-da-justica-trabalho-07092016>. [20-12-2016].

²⁹⁴ SIQUEIRA, L., “Pobreza e serviço social: diferentes concepções e compromissos políticos”. Cortez, São Paulo, 2013.

Assistimos, pois, a ascensão do tratamento dado à pobreza como “disfunção” dos indivíduos ou grupos marginais que não aceitam os atuais mecanismos de inserção social (subemprego, emprego terceirizado, contratos de trabalho precários, baixos salários, microempreendedorismo individual), ou seja, como autorresponsabilização e culpabilização dos indivíduos por sua condição de excluídos sociais²⁹⁵. Nesta dinâmica, há clara transferência da responsabilidade do mercado e do Estado para os indivíduos pelas condições de sua inserção social, fazendo parecer que a exclusão consiste em uma opção individual. Também marca esse período a competição, não apenas entre os que estão inseridos e os que estão excluídos, mas até mesmo entre os socialmente inseridos. A competição se torna, portanto, um elemento essencial da subjetividade dos indivíduos e um motor fundamental do desenvolvimento capitalista em sua nova fase neoliberal, como sugerem Castro²⁹⁶ e Dardot e Laval²⁹⁷.

Desse modo, não é difícil perceber que as consequências decorrentes desse processo, que alia redução dos investimentos nas redes de proteção do Estado e responsabilização dos indivíduos por sua inclusão social, consistem no agravamento, sem precedentes em nossa história recente, da exclusão social, com consequência direta especialmente para as trabalhadoras mulheres como mostraremos a partir dos dados estatísticos apresentados a seguir.

2. A pobreza é um substantivo feminino!

Nesse segundo tópico, são contrastadas as medidas que compõem a ofensiva neoliberal e a emergência de um Estado de austeridade com os principais indicadores sociais, em especial, aqueles que são atravessados pelos marcadores sociais da diferença de gênero, raça e classe, a fim de compreender em que medida e como todas essas transformações econômicas implicam em um maior grau de exploração das trabalhadoras mulheres, o que resulta não apenas em sua maior pauperização, como também no aumento da desigualdade social.

2.1. As mulheres como alvo das principais medidas de austeridade

²⁹⁵ SIQUEIRA, L., “Pobreza e serviço social: diferentes concepções e compromissos políticos”, Cortez, São Paulo, 2013.

²⁹⁶ CASTRO, C. A., “Crítica à razão empreendedora: a função ideológica do empreendedorismo no capitalismo contemporâneo”. Tese apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013.

²⁹⁷ DARDOT, P.; LAVAL, C., “A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal”. Boitempo, São Paulo, 2016.

Um fato que tem se destacado desta nova e sinistra engenharia social é que esse conjunto de medidas tem atingido mais as trabalhadoras mulheres e, por isso, a compreensão das especificidades de sua atual pauperização não pode ser negligenciada pela teoria social e pela teoria jurídica.

Uma análise dos dados estatísticos oficiais revela que as mulheres são mais atingidas pelo conjunto de medidas que compõem o receituário neoliberal pautado pela emergência de uma economia de austeridade. Assim, o vocábulo pobreza não se resume apenas a um substantivo feminino, mas produz profundos efeitos de uma realidade perversa. Para assumirmos essa afirmativa, como ponto de partida, foram levantados dados sobre os principais vetores que repercutem diretamente sobre a parcela feminina da classe trabalhadora, entre os quais chamam a atenção: o desemprego (taxa de ocupação e taxa de desocupação), a média salarial, o nível de desigualdade (perdas salariais, concentração de renda e má distribuição dos salários), a precarização das condições e relações de trabalho, o encarceramento, a violência, o acesso à educação e à previdência social e a participação política feminina.

Agora, em etapa posterior desta pesquisa, apresentamos a análise mais aprofundada destes vetores para qualificarmos de maneira mais precisa em que medida o modelo econômico neoliberal e sua agenda de austeridade impactam de maneira específica as mulheres trabalhadoras.

O desemprego (aferido pela taxa de desemprego e pela de desocupação) é um importante indicador social, sobretudo, nos países que atrelaram o alcance da cidadania à inserção do indivíduo no mercado formal de trabalho, a exemplo do caso brasileiro. De acordo com dados divulgados, compilados a partir da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua²⁹⁸, em maio de 2019, pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), atualmente, entre os 12,7% da população que se encontra desempregada, a maior concentração se dá entre jovens, mulheres e negros e pardos. A taxa de desemprego, no 1º trimestre de 2019, considerando a faixa de idade entre 14 e 17 anos chegou a 44,5%. Já na faixa de 18 a 24 anos, subiu para 27,3%, chegando a 31,9% na região Nordeste. O maior contingente de desempregados, porém, se concentra entre população de 25 a 59 anos (57,2%). Na sequência, estão os jovens entre 18 e 24 anos (31,8%), os menores de idade (8,3%) e os idosos (2,6%). As mulheres foram a maioria (52,6%)

²⁹⁸ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua do IBGE”. 1º trimestre de 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=24478&t=destaques>>. [20-05-2019].

da população desocupada e da população fora da força de trabalho (64,6%). Entre os homens, a taxa de desemprego ficou em 10,9% no 1º trimestre, ao passo que entre as mulheres foi de 14,9%. No 1º trimestre de 2019, a taxa de desocupação dos que se declararam brancos (10,2%) ficou abaixo da média nacional (12,7%). Porém, as taxas dos pretos (16%) e dos pardos (14,5%) ficaram acima. Do total de 13,4 milhões de desempregados, os pardos representam a maior parcela (51,2%), seguidos dos brancos (35,2%) e negros (10,2%). Somando-se negros e pardos, temos o total de 61,4% da parcela desocupada da população nesses segmentos sociais.

A desigualdade salarial entre homens e mulheres no país diminuiu bem discretamente no ano passado, mas ainda continua em um nível alto, segundo estudo realizado pelo IBGE²⁹⁹. Em 2018, as mulheres ganhavam, em média, 20,5% menos que os homens, ao passo que, em 2017, essa disparidade era de 21,7%. Ou seja, houve uma redução de 1,2 ponto percentual. Desde 2012, quando começou a série histórica do IBGE, a desigualdade salarial teve redução de 2,9 pontos percentuais, pois as mulheres receberam, em média, 23,4% menos que os homens naquele ano. Entretanto, quando comparada essa realidade à de 2016, a desigualdade aumentou 1,3 ponto, pois o salário médio das mulheres era 19,2% inferior ao dos homens. A média salarial, em valores, revela que o salário médio das mulheres foi de R\$2.050,00 em 2018. Isso representa R\$ 529,00 (20,5%) a menos que a média de rendimento dos homens (R\$2.579,00) no mesmo período.

Na tabela abaixo, é possível perceber melhor o quanto as mulheres receberam a menos que os homens, em média, em cada ano. Nela, o maior percentual revela quanto mais desiguais foram os rendimentos:

TABELA 6
Diferença de rendimentos mulheres x homens
(quanto as mulheres receberam a menos que os homens)

2012	23,4%
2013	24,4%
2014	Não divulgado
2015	23,2%
2016	19,2%

²⁹⁹ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

2017	21,7%
2018	20,5%

FONTE: Elaboração própria, a partir de AGÊNCIA IBGE³⁰⁰.

Como vimos, houve discreta redução na média geral da diferença salarial entre homens e mulheres. Entretanto, quando os grupos de mulheres são separados por faixa etária, os dados divulgados pelo IBGE³⁰¹ mostram que a desigualdade salarial é maior no grupo entre 40 e 49 anos. Em 2018, as mulheres nessa faixa de idade receberam, em média, 25,1% menos do que os homens do mesmo grupo. A diferença foi menor nas faixas entre 20 e 29 anos (13,1%) e 30 e 39 anos (18,4%).

O rendimento mensal das mulheres é inferior ao dos homens por inúmeros fatores, mas principalmente porque as trabalhadoras mulheres recebem menos por hora trabalhada e porque trabalham menos horas por semana. É interessante notar que esses dois fatores são reflexos diretos da dupla, tripla e às vezes quádrupla jornada feminina, ou seja, do fato delas trabalharem e também serem responsáveis pelos deveres de cuidado dos filhos, da casa e de familiares – pais, sogros, avós – (trabalho doméstico não remunerado), além do trabalho produtivo não doméstico (remunerado).

A pesquisa³⁰² revela que, no ano de 2016, as mulheres dedicavam, em média, 18 horas semanais ao trabalho doméstico não remunerado (isto é, cuidados de pessoas ou com a casa). Isso corresponde a 73% a mais do que os homens (10,5 horas). Essa diferença, no Nordeste, chegou a 80% (19 contra 10,5). Essa disparidade explica, em parte, o fato de a proporção de mulheres ocupadas em trabalhos por tempo parcial (de até 30 horas semanais) ser o dobro da de homens (28,2% das mulheres ocupadas, contra 14,1% dos homens).

³⁰⁰ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

³⁰¹ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

³⁰² AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

O mesmo estudo³⁰³ mostra que as mulheres recebiam R\$13,00 por hora trabalhada em 2018 e que esse valor é correspondente a 91,5% do recebido por homens (R\$14,20). Essa disparidade foi maior em 2017, quando elas recebiam o correspondente a 88,7% do salário masculino por hora.

Além de um salário-hora menor, as mulheres trabalharam, em média, 4,8 horas a menos que os homens durante o período de uma semana nas atividades remuneradas. O homem trabalhou 42,7 horas semanais, enquanto a mulher, 37,8 horas por semanas. Em 2012, essa diferença chegou a ser de 6 horas. O fato de a diferença de horas ter diminuído, entretanto, não tem sido suficiente para alterar a desigualdade salarial, pois o salário-hora continua sendo menor³⁰⁴.

O dado mais significativo dessa pesquisa consiste na identificação de que a disparidade existe apesar de as mulheres terem maior nível de instrução. Em 2018, 22,8% das mulheres trabalhadoras tinham ensino superior enquanto que o mesmo índice, entre os homens, era de 18,4%. Mulheres sem grau de instrução e fundamental incompleto apresentaram a menor renda média do levantamento, identificada em R\$880,00³⁰⁵. Diante desse cenário, o acesso à previdência também se revela prejudicado à medida que, embora não seja a única possibilidade (uma vez que a mulher pode se filiar à previdência como contribuinte facultativa), com as disparidades acima apresentadas quanto à inserção no mercado formal de trabalho (seja pela menor remuneração ou menor absorção em termos de mão de obra ocupada), a vinculação ao regime de previdência se torna, em todos os casos, mais difícil, o que também contribui para a desigualdade social.

Considerando a combinação entre maior desocupação, maior subutilização, menor remuneração, maior escolaridade e menor proteção da previdência social, entre as mulheres, conforme demonstrado acima, é possível concluir que a precarização das condições e relações de trabalho atinge em maior grau as mulheres. Mesmo as que têm sua força de trabalho utilizada pelos empregos formais são bastante atingidas, pois as diversas modalidades de flexibilização da proteção

³⁰³ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

³⁰⁴ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

³⁰⁵ AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

social, apresentadas no primeiro tópico, atualmente estão inseridas na legislação trabalhista. Desse modo, os contratos carregam, em sua essência, a redução do custo do trabalho que, para o trabalhador, significa, na realidade, maior precarização e pauperização.

O encarceramento é outro indicador social importante para a compreensão da exclusão social, em especial, a feminina. Isso porque, normalmente, a prisão representa o último degrau antes de o indivíduo alcançar a exclusão social absoluta. De acordo com o levantamento realizado pela Pastoral Carcerária³⁰⁶, relativos ao ano de 2018, o Brasil possui mais de 725 mil pessoas presas, atrás apenas da China (1,6 milhão) e dos EUA (2,1 milhão) e seguido pela Rússia (595 mil), em termos de população encarcerada. O Brasil está na contramão desses países, quando se considera a sua população carcerária, pois enquanto os demais adotaram medidas para conter e até diminuir o encarceramento em massa, o Brasil não apenas continua adotando a prisão como principal medida de enfrentamento à questão criminal, como tem aprofundado o grau de utilização dessa política.

Quando se insere o marcador social de gênero, observa-se que o Brasil tem uma das maiores populações carcerárias femininas do mundo. De acordo com um estudo divulgado pela Diretoria de Análise de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas (Dapp/FGV)³⁰⁷, entre 2000 e 2016, a população carcerária feminina aumentou 567% (contra 538,69% da média nacional). Se considerados dados atualizados até 2018, o aumento é de cerca de 700%. A pesquisa revela ainda que os tipos penais que mais encarceram as mulheres são os relacionados ao tráfico de drogas, isto é, ao comércio de drogas como trabalho e, portanto, fonte de renda.

Quando o assunto é violência, os dados expressam e materializam a desigualdade de gênero no contexto brasileiro. De acordo com dados divulgados pelo Portal G1, em março de 2019, como parte do estudo intitulado “Monitor da Violência”³⁰⁸, uma parceria do portal G1 com o Fórum Brasileiro de Segurança Pública e com o Núcleo de Estudos da Violência da USP, houve redução de 6,7% no número de homicídios femininos entre 2017 e 2018. Assim, o total de

³⁰⁶ PASTORAL CARCERÁRIA. “Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações”. Setembro de 2018. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. Acesso em: 10 dez. 2018.

³⁰⁷ DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (DAPP/FGV). “Encarceramento feminino”. Dezembro de 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25741/Encarceramento%20feminino.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. [07-03-2018].

³⁰⁸ PORTAL G1. “Monitor da Violência”. Março de 2019. Disponível em: <<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/>>. [09-03-2019].

homicídios femininos reduziu de 4.558 para 4.254 mulheres assassinadas. Essa redução, entretanto, não pode ser muito comemorada, pois o Brasil continua sendo um dos países mais violentos do mundo para a mulher. De acordo com estudo, divulgado em novembro de 2018, pelo UNODC - Escritório das Nações Unidas para Crime e Drogas³⁰⁹, a taxa global de homicídios femininos foi de 2,3 mortes para cada grupo de 100 mil habitantes em 2017. Quando realizado o recorte geográfico, essa taxa no Brasil é de 4 mulheres mortas para cada 100 mil habitantes, isto é, uma média 74% superior à média mundial.

Essa redução se deve, em grande medida, à edição da Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340, de 07/08/2006, que cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher), de mudanças realizadas em 2009 no Código Penal com relação à configuração do crime de estupro, da Lei do Feminicídio (Lei nº 13.104, de 09/03/2015, que tipifica o homicídio doloso contra a mulher por sua condição de sexo feminino ou decorrente de violência doméstica) e, mais recentemente, em razão da edição da Lei da Importunação Sexual (Lei nº 13.718, de 24/09/2018, que tipifica os crimes de importunação sexual e de divulgação de cena de estupro, torna pública incondicionada a natureza da ação penal dos crimes contra a liberdade sexual e dos crimes sexuais contra vulnerável, estabelece causas de aumento de pena para esses crimes e define como causas de aumento de pena o estupro coletivo e o estupro corretivo).

Esse arcabouço jurídico, além de obrigar a adoção de políticas públicas de proteção da mulher, foi responsável por colocar no centro do debate político não apenas o problema da violência no ambiente doméstico e familiar, como também todas as demais variáveis da violência decorrentes da desigualdade social. Desse modo, a fim de garantir a luta contra sua exclusão social, as mulheres passaram a lutar não apenas nos movimentos de reconhecimento de direitos, mas também por sua participação política direta na democracia.

As mulheres representam mais de 50 % da população brasileira, de acordo com os dados divulgados pelo IBGE, obtidos a partir da PNAD³¹⁰, do 1º trimestre de 2019, mas esse percentual não encontra reflexo na sua representatividade no

³⁰⁹ UNODC – ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA CRIME E DROGAS. “Ambiente doméstico concentra maior número de assassinatos de mulheres no mundo, aponta relatório do UNODC”. 25/11/2018. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brasil/pt/frontpage/2018/11/ambiente-domstico-concentra-maior-nmero-de-assassinatos-de-mulheres-no-mundo--diz-onu.html>>. [02-12-2018].

³¹⁰ INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua do IBGE”. 1º trimestre de 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=24478&t=destaques>>. [20-05-2019].

Poder Legislativo. Nas eleições de 2018, das 54 vagas para o Senado, apenas 12,96% foram ocupadas por mulheres. Na Câmara dos Deputados, que possui 513 vagas, apenas 15% foram ocupadas por mulheres. Do total de 1.059 vagas de todas as Assembleias Legislativas, apenas 15,20% delas foram ocupadas por parlamentares mulheres, de acordo com pesquisa divulgada pelo Senado Federal, em março de 2019³¹¹. Todos esses dados revelam a sub-representação e colocam em xeque a possibilidade de uma democracia mais substantiva ou, pelo menos, mais inclusiva por meio da potencialização de políticas públicas que atendam às especificidades ainda necessárias da existência feminina como ser social e segmento não negligenciável da população.

CONCLUSÃO

A partir do cotejo da trajetória que marca a inserção das mulheres no cenário político e econômico brasileiro (neoliberal e de austeridade), em especial, a partir do mercado de trabalho, com os principais indicadores sociais, sobretudo, aqueles que são atravessados pelos marcadores sociais da diferença de gênero, raça e classe, foi possível demonstrar um maior grau de exploração das trabalhadoras mulheres.

Todos os vetores da desigualdade social combinados resultam não apenas em sua maior pauperização, como também no aumento da desigualdade social, o que gera inúmeros desafios para o Estado, o mercado e os movimentos operário e social.

A inserção social desigual experimentada pelas mulheres é um elemento contínuo na historiografia do capitalismo, decorrente do patriarcado. Entretanto, em momentos de crise, tal como o experimentado agora em escala global, em razão da superexploração que esperamos ter demonstrado, é possível concluir que as mulheres estão sendo mais pauperizadas e sustentando, com o seu custo de trabalho hiper reduzido, a manutenção da reprodução do capital pautado pela acumulação.

A percepção de que as trabalhadoras mulheres são mais pauperizadas e excluídas também auxilia na análise de sua peculiar função no processo contemporâneo de acumulação capitalista, tal como já alertado por Simone de Beauvoir, pois “nunca se esqueça que basta uma crise política, econômica ou religiosa para

³¹¹ SENADO NOTÍCIAS. “Minoria no Congresso, mulheres lutam por mais participação”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/07/minoria-no-congresso-mulheres-lutam-por-mais-participacao>>. [07-03-2019].

que os direitos das mulheres sejam questionados. Esses direitos não são permanentes. Você terá que manter-se vigilante durante toda a sua vida”³¹².

Assim, também observa-se que novos desafios, novas reivindicações advêm dessa dinâmica de exclusão social atual que se unem a outras pautas que fizeram e continuam fazendo parte da agenda feminina (como, por exemplo, a luta por igualdade salarial), não apenas para as trabalhadoras mulheres, mas também para os movimentos operário e social, como um todo. Todas estas pautas permanecem abertas e postas no cenário político brasileiro, razão pela qual a luta, a despeito de todas as conquistas alcançadas até aqui, continua sendo necessária e permanente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGÊNCIA IBGE NOTÍCIAS. “Mulher estuda mais, trabalha mais e ganha menos do que o homem”. 07/03/2019. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/20234-mulher-estuda-mais-trabalha-mais-e-ganha-menos-do-que-o-homem>>. [08-03-2019].

BEAUVOIR, S., In: GUICHARD, A., “Les 15 meilleures citations féministes de Simone de Beauvoir”. Disponível em: <<http://www.cosmopolitan.fr/les-15-meilleures-citations-feministes-de-simone-de-beauvoir,1961708.asp>>. [10-03-2019].

BOITO JÚNIOR, A., “Neoliberalismo e corporativismo de Estado no Brasil”. In: ARAÚJO, Ângela (org.). Do corporativismo ao neoliberalismo: Estado e trabalhadores no Brasil e na Inglaterra. Boitempo, São Paulo, 2002, p. 59-87.

CARELLI, R. L., “Os 5 mitos da Justiça do Trabalho: mitos impedem que haja a necessária análise desprovida de paixões ideológicas”. JOTAINFO, 07/09/2016. Disponível em: <https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/tributos-e-empresas/trabalho/os-5-mitos-da-justica-trabalho-07092016>. [20-12-2016].

CASTELO, R., “O social liberalismo: auge e crise da supremacia na era neoliberal”. Expressão Popular, São Paulo, 2013.

CASTRO, C. A., “O mundo do trabalho hoje no Brasil: breves considerações sobre a nova ofensiva neoliberal. In: Anais do 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. Niterói: PPGSD-UFF, 14 a 16 de Outubro de 2015, ISSN 2236-9651, n.5. Disponível em:

³¹² BEAUVOIR, S., In: GUICHARD, Alexandra. “Les 15 meilleures citations féministes de Simone de Beauvoir”. Disponível em: <<http://www.cosmopolitan.fr/les-15-meilleures-citations-feministes-de-simone-de-beauvoir,1961708.asp>>. [10-03-2019].

<<https://drive.google.com/file/d/1bxX9gLNHXZTrSn-MNw3Eb1P3TQSi0ABEF/view>>. [07-03-2019].

CASTRO, C. A., “Crítica à razão empreendedora: a função ideológica do empreendedorismo no capitalismo contemporâneo”. Tese apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Niterói, 2013.

CASTRO, C. A., “Das fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social”. Dissertação apresentada ao curso de Doutorado do Programa Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2010.

DARDOÏ, P.; LAVAL, C., “A nova razão do mundo: ensaio sobre a sociedade neoliberal”. Boitempo, São Paulo, 2016.

DIRETORIA DE ANÁLISE DE POLÍTICAS PÚBLICAS DA FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS (DAPP/FGV). “Encarceramento feminino”. Dezembro de 2018. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/25741/Encarceramento%20feminino.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. [07-03-2018].

FERREIRA, A. C., “A sociedade de austeridade: poder, medo e direito do trabalho de exceção”. In: Revista Crítica de Ciências Sociais [Online], 95, 2011. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4123929>>. Acesso em: 07 mar. 2019.

GALVÃO, A., “Neoliberalismo e reforma Trabalhista no Brasil”. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) Contínua do IBGE. 1º trimestre de 2019. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/populacao/9173-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-trimestral.html?edicao=24478&t=destaques>>. Acesso em: 20 maio 2019.

KREIN, J. D., “Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil”, Tese de Doutorado em Economia Aplicada. Campinas, Unicamp, 2007. Disponível em: <http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000430974>. Acesso em: 20 ago. 2008.

KREIN, J. D., “Balanço da reforma trabalhista do governo FHC”. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322. Disponível em: http://www.escolanet.com.br/teleduc/arquivos/8/apoio/27/Bal_Ref_Trab.doc. Acesso e: 26 fev. 2008.

MARCUSE, H., “O homem unidimensional: estudos da ideologia da sociedade industrial avançada”. EDIPRO, São Paulo, 2015.

MINISTÉRIO DO TRABALHO. “Perguntas e respostas sobre a proposta de modernização da legislação trabalhista” [Cartilha da modernização]. Disponível em: <http://www.cebrasse.org.br/downloads/pdf/cartilha_modernizacao.pdf>. [20-01-2017].

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. “Cadastro Geral de Empregados e Desempregados” (MTE/CAGED). Disponível em: <<http://www.ipeadata.gov.br/>>. [20-01-2015].

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO. “Programa de Proteção ao Emprego já favorece mais de 18,7 mil trabalhadores.” 14/10/2015. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/index.php/component/content/article?id=1192>. [09-10-2015].

NORONHA, E. e ARTUR, K., “Repensando a configuração dos direitos nos locais de trabalho: perspectivas e experiências – Reformas trabalhista e sindical: O que tivemos, o que se quer e o que se pode ter”. In: GROS, Denise (et al). Empresas e grupos empresariais: atores sociais em transformação. IV Workshop Empresas, Empresários e Sociedade, Ed. UFJF, Juiz de Fora, 2005.

OLIVEIRA, M. C., “Política Trabalhista e Relações de Trabalho no Brasil. Da era Vargas ao Governo FHC”. Tese de Doutorado. Instituto de Economia. Unicamp, 2002. Disponível em: <<http://libdigi.unicamp.br/document/?code=vtls000249027>>. [20-02-2008].

PASTORAL CARCERÁRIA. “Luta antiprisional no mundo contemporâneo: um estudo sobre experiências de redução da população carcerária em outras nações”. Setembro de 2018. Disponível em: <http://carceraria.org.br/wp-content/uploads/2018/09/relatorio_luta_antiprisional.pdf>. [10-12-2018].

PORTAL G1. Monitor da Violência. Março de 2019. Disponível em: <<<https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/>>>. [09-03-2019].

SENADO NOTÍCIAS. Minoria no Congresso, mulheres lutam por mais participação. 07/03/2019. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/03/07/minoria-no-congresso-mulheres-lutam-por-mais-participacao>>. [07-03-2019].

SCHWARZ, R., “Fim de século”. In: Seqüências brasileiras: ensaios, Companhia das Letras, São Paulo, 1999.

SIQUEIRA, L., “Pobreza e serviço social: diferentes concepções e compromissos políticos”, Cortez, São Paulo, 2013.

UNODC – ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA CRIME E DROGAS. “Ambiente doméstico concentra maior número de assassinatos de mulheres no mundo, aponta relatório do UNODC”. 2018. Disponível em: <<https://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/frontpage/2018/11/ambiente-domstico-concentra-maior-nmero-de-assassinatos-de-mulheres-no-mundo--diz-onu.html>>. Acesso em: 02 dez. 2018.

O DEVIR MERCADORIA DO PETRÓLEO

CASTRO, Carla Appolinário de

Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro,
Brasil, carlauffvr@gmail.com

CAVALCANTE, Gabriel

Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro,
Brasil, gabrielcavalcanteadv@gmail.com

RESUMO

Desde os tempos da sociedade primitiva original o gênero humano necessita de energia. Energia aqui significa o ato de produzir alguma alteração na realidade concreta, uma força que é capaz modificar algo no mundo natural. Por isso, a primeira atividade energética humana advém da utilização da atividade física biológica do próprio homem: com seus braços e pernas o homem alterou o mundo natural circundante de forma a suprir suas carências, carências estas primariamente orgânicas e posteriormente sociais. O devir constante, portanto, de um tipo diferente de energia em outra constitui um nexó essencial imanente à realidade natural. Para emprendermos aqui análise a respeito de outro devir, o devir mercadoria do petróleo, precisamos compreender a chegada histórica do petróleo enquanto combustível fóssil na ordem social humana.

Palavras-chave: petróleo; causalidade; trabalho; teleologia; mercadoria.

RESUMEN

Desde los tiempos de la sociedad primitiva original el género humano necesita energía. La energía aquí significa el acto de producir algún cambio en la realidad concreta, una fuerza que es capaz de modificar algo en el mundo natural. Por eso, la primera actividad energética humana proviene de la utilización de la actividad física biológica del propio hombre: con sus brazos y piernas el hombre alteró el mundo natural circundante de forma a suplir sus carencias, carencias estas primariamente orgánicas y posteriormente sociales. El devenir constante, por lo tanto, de un tipo diferente de energía en otra constituye un nexó esencial inmanente a la realidad natural. Para emprender aquí análisis acerca de otro devenir, el devenir mercancía del petróleo, necesitamos comprender la llegada histórica del petróleo como combustible fósil en el orden social humano.

ABSTRACT

From the times of the original primitive society the human race needs energy. Energy here means the act of producing some change in concrete reality, a force that is capable of changing something in the natural world. Therefore, the first human energetic activity comes from the use of the biological physical activity of man himself: with his arms and legs man changed the surrounding natural world in order to supply his needs, needs that is primarily organic and later social. The constant becoming, therefore, of a different type of energy in another constitutes an essential nexus immanent to the natural reality. To undertake here an analysis of another becoming, the becoming petroleum commodity, we must understand the historical arrival of petroleum as a fossil fuel in the human social order.

Key-words: Petroleum; causality; job; teleology; merchandise.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. Os valores de uso do petróleo; 1.2. A mercadoria petróleo; III. CONCLUSÃO; IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Desde os tempos da sociedade primitiva original o gênero humano necessita de energia. Energia aqui significa o ato de produzir alguma alteração na realidade concreta, uma força que é capaz modificar algo no mundo natural. Por isso, a primeira atividade energética humana advém da utilização da atividade física biológica do próprio homem: com seus braços e pernas o homem alterou o mundo natural circundante de forma a suprir suas carências, carências estas primariamente orgânicas e posteriormente sociais. Igor Fuser apresenta o itinerário histórico da energia da seguinte maneira:

A história do uso social da energia acompanha a evolução das tecnologias. Os primeiros seres humanos contavam apenas com duas fontes de energia: o calor solar e as calorias dos seus alimentos. Há cerca de 400 mil anos a espécie humana aprendeu a dominar o fogo e a queimar a madeira para se aquecer, preparar a comida e iluminar os ambientes escuros. Durante quase toda a história da humanidade, as principais fontes de energia disponíveis foram a madeira das árvores (queimada em forma de lenha) e a força muscular dos animais e dos próprios seres humanos, além do vento, usado em certos casos no processamento dos cereais (os moinhos) e, é claro, também para mover embarcações a vela. A exploração predatória da madeira é a grande culpada pela destruição das florestas na Europa e em boa parte da Ásia, do Oriente Médio e do continente americano. O petróleo, assim como

o óleo das baleias, chegou a ser utilizado, em algumas sociedades, para produzir iluminação, mas em escala muito limitada.³¹³

Nesse sentido historicamente a energia física derivada da atividade braçal humana desdobrou-se na utilização da força de tração animal, na utilização da queima da madeira e do vento. Bem como historicamente, a utilização da energia advinda da queima de combustíveis fósseis, como o carvão e o petróleo, compreende um desdobramento histórico da utilização prévia da madeira e da força de tração animal. Na perspectiva de Fuser as diversas modalidades energéticas compreendem em essência a mesma coisa³¹⁴, no caso a alteração da realidade natural, pois a energia advinda da combustão de elementos fósseis requer originariamente a energia advinda atividade da física humana, seja com a perfuração de um poço de petróleo, ou seja, com a retirada de carvão de uma mina. Este “a mesma coisa” apontado por Fuser para nós requer uma certa consideração se não queremos cair no simplismo: o que iguala as diversas energias de fato é a realização de uma alteração na realidade natural, no entanto esse igualamento não torna as diversas energias “a mesma coisa”, são coisas heterogêneas, distintas, diferentes, não homogêneas, mas guardam entre si uma conexão derivada da concreticidade da realidade.

Deriva então que uma forma de alteração da realidade se transforma em outra forma de alteração da realidade, representando, portanto, formas distintas, sendo “igual” a capacidade de mover o mundo natural. “O que?” é movido e “como?” é movido representam particularidades heterogêneas que concretizam a distinção entre os processos. O devir constante, portanto, de um tipo diferente de energia em outra constitui um nexos essencial imanente à realidade natural. Para empreendermos aqui análise a respeito de outro devir, o devir mercadoria do petróleo, precisamos compreender a chegada histórica do petróleo enquanto combustível fóssil na ordem social humana, para tanto, porém, entendemos por fazer

³¹³ FUSER, I. Energia e relações internacionais [documento online]. 2019. Disponível no link «<https://economiapoliticadeenergia.wordpress.com/livro-energia-e-relacoes-internacionais-completo/>». [06-06-2019]. Página 3

³¹⁴ “Todas essas modalidades, na sua essência, se referem à mesma coisa, pois a energia que se apresenta em uma determinada forma pode ser transformada em outra. Por exemplo, a energia química presente na mistura entre gasolina e ar se transforma em energia térmica dentro do motor de um veículo. O motor, ao ser acionado, produz a energia mecânica do pistão, que é, por sua vez, transferida para as rodas, onde tem origem a energia cinética do carro. Ao mesmo tempo, uma parte da energia mecânica produzida nesse processo é transformada na energia elétrica que, entre outras coisas, proporciona a energia luminosa dos faróis”. FUSER, Energia e relações internacionais, cit.

um recuo filosófico a fim de compreender as conexões internas à realidade natural e como o homem se apropria dessas conexões a fim de satisfazer suas carências.

1. OS VALORES DE USO DO PETRÓLEO

O primeiro passo no sentido de apreendermos a lógica interna da realidade natural e como essa realidade é absorvida pelos seres humanos deriva justamente da divisão do ser em ser inorgânico, ser orgânico e ser social, problemática que o pensador húngaro Gyorg Lukács tratou aprofundadamente³¹⁵. O ser social compreende a realidade humana, a realidade construída a partir da atividade humana, ao passo que os tipos de ser inorgânico e orgânico conformam a realidade natural. Por óbvio que o ser humano, por ser também um ser biológico, pertence tanto aos níveis de ser inorgânico, orgânico e social, e a reprodução da atividade humana significa também a reprodução de atividades orgânicas e inorgânicas, mas a questão central aqui é a de que existem fatores de distinção entre os três níveis de ser. Quais são essas distinções? Para Lukács a natureza, tanto inorgânica quanto orgânica, reproduz-se apenas a partir de regras causais, cadeias de causa e efeito, o que diferencia o nível de ser orgânico do inorgânico é que aqui a mediação existente entre o ambiente natural e o ser orgânico ganha uma contrapartida biológica, o que pode ser acompanhado da consolidação de uma consciência de tipo epifenomênica:

A natureza conhece apenas procedimentos causais. Quando Kant chama os atos de adaptação dos organismos de ‘finalidade sem escopo’, esse termo também no sentido filosófico é genial, porque aponta acertadamente para a singularidade das reações que os organismos são forçados a executar em relação ao seu ambiente, sempre de forma espontânea, ontologicamente, para poder enfim realizar sua reprodução. Surgem assim processos que não

³¹⁵ “Nossas considerações visam determinar principalmente a essência e a especificidade do ser social. Mas, para formular de modo sensato essa questão, ainda que apenas de maneira aproximativa, não se devem ignorar os problemas gerais do ser, ou, melhor dizendo, a conexão e a diferenciação dos três grandes tipos de ser (as naturezas inorgânica e orgânica e a sociedade). Sem compreender essa conexão nem sua dinâmica, não se pode formular corretamente ne nhuma das questões ontologicamente legítimas do ser social, muito menos conduzi-las a uma solução que corresponda à constituição desse ser. Não precisamos de conhecimentos eruditos para ter a certeza de que o ser humano pertence direta e – em última análise – irrevogavelmente também à esfera do ser biológico, que sua existência – sua gênese, transcurso e fim dessa existência – se funda ampla e decididamente nesse tipo de ser, e de que também tem de ser considerado como imediatamente evidente que não apenas os modos do ser determinados pela biologia, em todas as suas manifestações de vida, tanto interna como externamente, pressupõem, em última análise, de forma incessante uma coexistência com a natureza inorgânica, mas também que, sem uma interação ininterrupta com essa esfera, seria ontologicamente impossível, não poderia de modo algum desenvolver-se interna e externamente como ser social”. LUKÁCS, G. Prolegômenos para uma ontologia do ser social: questões de princípio para uma ontologia hoje tornada possível. São Paulo, 2010, 414 p. p.32.

podem ter analogia na natureza inorgânica, mas são ditados por regularidades especificamente biológicas, da mesma forma realizados em uma causalidade espontaneamente eficaz, constituídos como aqueles processos do ambiente inorgânico e orgânico, que a cada vez os desencadeiam. E se nas espécies de animais superiores esses acontecimentos são conduzidos por uma espécie de consciência, em última análise isso é um epifenômeno das regularidades causal-biológicas de sua vida. É por isso que o “sem escopo”, na determinação kantiana, é tão genial, porque o próprio processo aponta para a essência da finalidade – ao contrário da seqüência puramente causal –, porque esta parece ser posta sem conscientemente ser posta de fato por algo consciente (LUKÁCS, 2010, p. 47)

A causalidade é então a legalidade cega que favorece a conectividade na realidade inorgânica. Se houver uma denominada ação na realidade inorgânica ocorrerá o acionamento mecânico-causal de uma cadeia de reações imediatas e mediatas. A mesma legalidade acompanha o comportamento do nível de ser orgânico, com a diferenciação aqui que pode parecer a ação puramente orgânica um ato de pôr da consciência, mas que se configura somente como ato espontâneo de mediação com o ambiente natural a fim de preservação do processo de reprodução biológica do ser orgânico. A utilização da terminologia “finalidade sem escopo” favorece a compreensão do processo causal originado no ser orgânico: uma finalidade sem alvo, uma ocorrência reproduzida a partir de uma processualidade espontânea, um agir que não vislumbra uma imposição consciente.

Por outro lado, o ser social não é regido prioritariamente por regras de tipos causais, mas sim por regras teleológicas. Assim definidas por Lukács:

Vale dizer que, enquanto a causalidade é um princípio de automovimento que repousa sobre si próprio e mantém esse caráter mesmo quando uma cadeia causal tenha o seu ponto de partida num ato de consciência, a teleologia, em sua essência, é uma categoria posta: todo processo teleológico implica o pôr de um fim e, portanto, numa consciência que põe fins. Pôr, nesse contexto, não significa, portanto, um mero elevar-à-consciência, como acontece com outras categorias e especialmente com a causalidade; ao contrário, aqui, com o ato de pôr, a consciência dá início a um processo real, exatamente ao processo teleológico. Assim, o pôr tem, nesse caso, um caráter irrevogavelmente ontológico³¹⁶.

Três elementos são centrais para a devida análise da teleologia: o primeiro de que não existe pôr teleológico puro, o ato de consciência para tornar-se

³¹⁶ LUKÁCS, Györg. Para uma ontologia do ser social, 2. São Paulo: Boitempo, 2013, 831 p. P. 48.

efetivamente posto precisa acionar uma cadeia causal³¹⁷, por isso dissemos que o ser social é regido prioritariamente por regras teleológicas. Nesse sentido, não há possibilidade de desconexão entre uma movimentação teleológica e o desdobramento de uma cadeia de causas e efeitos. Em segundo lugar, o pôr teleológico depende primariamente de uma mediação consciente, de um ato de vontade derivado da consciência. Por último, só há pôr teleológico se existir uma real efetivação na realidade, não é então o pôr teleológico um ato de consciência puro mas um processo realmente existente e desencadeador de uma alteração na realidade concreta.

Partindo da determinação das três esferas do ser encontramos que essas esferas se interrelacionam de maneira tal que a esfera superior significa ao mesmo tempo a superação e a manutenção das particularidades da esfera inferior³¹⁸. Da esfera inorgânica devém a vida orgânica e da vida orgânica surge a realidade social,

³¹⁷ “Mas, mesmo com essa ampliação efetuada no sentido de Marx da determinação aqui citada, o pôr teleológico jamais vai se tornar um princípio de movimento dos objetos em processo oposto ou vinculado à causalidade. O processo que esse tipo de pôr desencadeia permanece sempre causal em sua essência. Em todos os atos teleológicos do metabolismo da sociedade com a natureza, esses casos existentes independentemente deles – embora em muitos aumentem em número com o desenvolvimento – desencadeiam regularidades da natureza descobertas na preparação de tais atos; estes podem impor-lhes uma nova forma de objetividade que ainda não existia na natureza (pensemos novamente na roda), mas isso tudo não muda em nada o fato básico de que pelo pôr teleológico se desencadeiam séries causais; pois conexões, processos teleológicos próprios etc. não existem em si de modo algum” LUKÁCS, G. Para uma ontologia do sersocial, 2. Cit, p. 48.

³¹⁸ “Por essa razão, para desemaranhar a questão, devemos recorrer ao método marxiano das duas vias, já por nós analisado: primeiro decompor, pela via analítico-abstrativa, o novo complexo do ser, para poder, então, a partir desse fundamento, retornar (ou avançar rumo) ao complexo do ser social, não somente enquanto dado e, portanto, simplesmente representado, mas agora também compreendido na sua totalidade real. Nesse sentido, as tendências evolutivas das diversas espécies do ser, também por nós já pesquisadas, podem trazer uma contribuição metodológica bem determinada. A ciência atual já começa a identificar concretamente os vestígios da gênese do orgânico a partir do inorgânico e nos diz que, em determinadas circunstâncias (ar, pressão atmosférica etc.), podem nascer complexos extremamente primitivos, nos quais já estão contidas em germe as características fundamentais do organismo. Esses complexos, na verdade, não têm como subsistir nas atuais condições concretas, só podendo ser demonstrados em sua fabricação experimental. Além do mais, a teoria do desenvolvimento dos organismos nos mostra como gradualmente, de modo bastante contraditório, com muitos becos sem saída, as categorias específicas da reprodução orgânica alcançam a supremacia nos organismos. É característico, por exemplo, das plantas que toda a sua reprodução – de modo geral, as exceções não são relevantes aqui – se realize na base do metabolismo com a natureza inorgânica. É só no reino animal que esse metabolismo passa a realizar-se unicamente, ou ao menos principalmente, na esfera do orgânico e, sempre de modo geral, o próprio material inorgânico que intervém somente é elaborado passando por essa esfera. Desse modo, o caminho da evolução maximiza o domínio das categorias específicas da esfera da vida sobre aquelas que baseiam a sua existência e eficácia na esfera inferior do ser” LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit p. 42.

porém, apesar da superação existente de um nível de ser pelo outro não se encontra a eliminação da esfera de ser imediatamente inferior. Há sim, historicamente, um processo constante de ser-outro desencadeado finalizado e retroalimentado continuamente, o que para Lukács origina em algum instante uma transformação qualitativa que ele caracteriza como salto ontológico. O salto ontológico não tem o caráter de uma aparição súbita, mas de uma modificação que passa a se reproduzir continuamente de forma a fazer surgir uma relação de heterogeneidade entre a forma de ser imediatamente anterior e a nova forma de ser que passa agora a reproduzir-se: “A essência do salto é constituída por essa ruptura com a continuidade normal do desenvolvimento e não pelo nascimento, de forma súbita ou gradativa, no tempo, da nova forma de ser”³¹⁹.

A atividade humana cuja reprodução heterogênea realiza o surgimento do ser social é o trabalho. Como é assim explicitado por Lukács:

Isso pode ser visto de imediato no fato fundante do ser do ser social, o trabalho. Este, como Marx demonstrou, é um pôr teleológico conscientemente realizado, que, quando parte de fatos corretamente reconhecidos no sentido prático e os avalia corretamente, é capaz de trazer à vida processos causais, modificar processos, objetos etc. do ser que normalmente só funcionam espontaneamente, e transformar entes em objetividades que sequer existiam antes do trabalho. (Seria enganoso, aqui, pensar apenas em formas de trabalho bem desenvolvidas. A roda, que não existe em parte alguma na natureza, foi, por exemplo, inventada e produzida em fases relativamente iniciais.) Portanto, o trabalho introduz no ser a unitária inter-relação, dualisticamente fundada, entre teleologia e causalidade; antes de seu surgimento havia na natureza apenas processos causais. Em termos realmente ontológicos, tais complexos duplos só existem no trabalho e em suas consequências sociais, na práxis social. O modelo do pôr teleológico modificador da realidade torna-se, assim, fundamento ontológico de toda práxis social, isto é, humana. Na natureza, em contrapartida, só existem conexões, processos etc. causais, nenhum de tipo teleológico³²⁰.

Desse modo, a partir do trabalho como atividade realizadora do pôr teleológico, o processo de constituição do ser social estabelece em relação aos níveis de ser imediatamente anteriores uma relação de afastamento, o que Lukács denomina afastamento das barreiras naturais. O processo de afastamento das barreiras naturais não é sinônimo de eliminação das barreiras naturais. As barreiras naturais, o processo de troca constante entre o homem e a natureza, são inelimináveis. Para haver a reprodução social do homem primariamente deve haver a reprodução biológica, material, do homem, e somente na troca constante entre o homem e a

³¹⁹ LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit p. 46

³²⁰ LUKÁCS, G. Prolegômenos para uma ontologia do ser social, cit. P. 41.

natureza é que pode se dar a reprodução biológica do mesmo. O afastamento do ser social em relação ao mundo natural não é uma peculiaridade exclusiva do nível de ser social, também havendo afastamento entre o nível de ser orgânico em relação ao nível de ser inorgânico, aqui estabelecendo-se a similaridade de que tanto num caso como no outro o nível de ser imediatamente inferior é eliminável para que ocorra a devida reprodução do ser superior³²¹. Por fim, o afastamento das barreiras naturais tem o significado para o ser humano de que, cada vez mais, a realidade humana torna-se mais social, ou mais dependente da realização de pores teleológicos. Esse processo de crescente socialização das atividades humanas modifica, inclusive, atividades que têm em si caráter de similaridade com atividades essencialmente animais, tais como a sexualidade e a alimentação.

Assim, a fim de desenvolver o complexo do trabalho, opera Lukács, a partir das elaborações de Aristóteles, a distinção no trabalho de dois componentes, o pensar e o produzir: “através do primeiro é posto o fim e se buscam os meios para sua realização; através do segundo o fim posto chega à sua realização”³²². Já Hartmann, ainda segundo Lukács, realiza a divisão do primeiro componente em dois: o pôr do fim e a investigação dos meios. A investigação dos meios tem como implicação um conhecimento objetivo das cadeias causais que orientam a realidade natural, cumprindo a investigação com uma dupla função: “de um lado evidencia aquilo que em si governa os objetos em questão, independentemente de toda a consciência; de outro, descobre neles aquelas novas conexões, aquelas novas possibilidades de funções através de cujo pôr-em-movimento tornam efetivável o fim teleologicamente posto”³²³. Dessa maneira a causalidade, quando envergada teleologicamente para o devido cumprimento de um fim perseguido pela consciência

³²¹ “A esfera do ser biológico naturalmente também tem sua história, paralela à história geológica da Terra. Essa história mostra inclusive que, com relação ao último princípio ontológico, há uma orientação análoga à do ser social, uma vez que em ambas as esferas um momento decisivo do desenvolvimento consiste em que as categorias dos estágios inferiores do ser sejam subjugadas, transformadas, em favor da dominação das suas próprias categorias. Sem poder abordar aqui mais detidamente essa questão, limitamo-nos a apontar para o fato de que o mundo vegetal ainda se reproduz pelo metabolismo direto com a natureza inorgânica, ao passo que o mundo animal depende do orgânico como alimento, que, na inter-relação dos animais com o seu ambiente, as reações direta e exclusivamente biofísicas e bioquímicas são substituídas por mediações sempre mais complexas (sistema nervoso, consciência). Nesse ponto, sem dúvida estamos diante de uma semelhança bastante ampla com o afastamento da barreira natural no âmbito do ser social, sendo que há também o seguinte traço comum: nos dois âmbitos, só pode tratar-se da remodelação dos fatores do ser de um nível inferior do ser, jamais de sua eliminação. O ser da esfera de vida está baseado na natureza inorgânica de modo tão irrevogável quanto o ser social o está no conjunto do ser natural”

LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit. P. 171.

³²² LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit. P. 53.

³²³ LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit. p. 54.

humana, torna-se uma causalidade posta. Assim, através do trabalho, no ato de pôr teleológico ocorre a unitariedade, a homogeneidade, de duas relações que são entre si duais e heterogêneas: a causalidade e a teleologia. De forma que o processo de trabalho requer a devida análise das regras causais do mundo natural, havendo portanto, no trabalho, uma subordinação dos meios aos fins, em que a possibilidade de sucesso ou fracasso do pôr do fim depende de até qual ponto se analisou adequadamente a realidade.

Deriva da análise dos meios necessários para a realização do pôr teleológico o conceito de espelhamento da realidade. O espelhamento da realidade em Lukács define a separação entre um objeto realmente existente e um sujeito que analisa com maior ou menor grau de aproximação esse objeto. É, portanto, uma confrontação entre o homem e a natureza, entre o sujeito e o objeto. O espelhamento na consciência não significa, então, uma cópia exata da realidade, mas uma mera reprodução. Assim, para Lukács, o espelhamento não tem o caráter de ser, mas sim um caráter contraditório de não ser, como da seguinte maneira apontado pelo autor:

Nesse sentido, o espelhamento tem uma natureza peculiar contraditória: por um lado, ele é o exato oposto de qualquer ser, precisamente porque ele é espelhamento, não é ser; por outro lado, e ao mesmo tempo, é o veículo através do qual surgem novas objetividades no ser social, para a reprodução deste no mesmo nível ou em um nível mais alto³²⁴

Em razão da categorização de espelhamento Lukács ressignifica a concepção de potência advinda de Aristóteles, pois a transição desde o espelhamento, como forma particular do não-ser constitui uma forma desenvolvida da dynamis aristotélica, que pode ser considerada, que pode ser considerada como caráter alternativo de qualquer pôr no processo de trabalho. A partir da consideração travada a respeito do espelhamento e da ressignificação feita da noção de potência aristotélica Lukács passa a tratar da possibilidade de alternativa. O espelhamento da realidade busca, a partir da correta apreensão dos meios necessários para a concretização dos fins postos, a análise das corretas cadeias causais que se acionadas realizam o fim pretendido. Existem infinitas possibilidades de conexão dessas cadeias causais e o pôr do fim somente será realizado se os nexos causais corretos forem tornados postos. Dentre as inúmeras possibilidades, cabe ao sujeito o critério de escolha alternativa para cumprir o fim pretendido. Aqui encontramos a

³²⁴ LUKÁCS, G. Para uma ontologia do ser social, 2. Cit. P. 67.

elaboração que será de fundamental importância para o tratamento do devir mercador do petróleo.

Retornando ao objeto de análise, após a devida imersão filosófica, encontramos que o uso do petróleo na idade antiga era amplo, abrangendo desde o uso para a iluminação até o uso para fins medicinais, incluído aí também a utilização para a confecção de cimento para grandes construções antigas. Ao petróleo eram atribuídas propriedades laxantes, cicatrizantes e antissépticas. Era considerado eficaz também no tratamento da surdez e na cura de tosse, bronquite, congestão pulmonar, gota e reumatismo e mau-olhado. Nesse sentido as carências humanas a serem supridas pela obtenção do petróleo pelo homem na natureza na idade antiga hegemonicamente dava-se para o cumprimento de finalidade medicinais e somente residualmente utilizado para a iluminação, caráter que será modificado com a chegada do capitalismo.

Originariamente, não era necessária a mineração para a obtenção do óleo, simplesmente afluía do solo. A mineração enquanto método de obtenção só vem a ser desenvolvida a partir do final século XVIII na Alsácia. O primeiro poço de petróleo a ser perfurado para fins de exploração capitalista foi uma iniciativa realizada por um homem chamado Edwin Drake, em Michigan, Estados Unidos. Drake desenvolveu um mecanismo de extração a partir da adaptação da técnica de perfuração de poços de sal e centímetro a centímetro perfurou o solo até encontrar o fluxo ascendente de óleo negro. Porém, a empreitada não foi realizada sozinho, Drake contou com a colaboração de um químico chamado Benjamin Silliman e de um investidor que disponibilizaram o capital necessário, sobretudo um advogado chamado George Bissel e o presidente de um banco chamado James Townsend. O papel essencial cumprido pelo químico correspondia a analisar se o óleo teria propriedades combustíveis, ao passo que caberia aos investidores a manutenção do capital financeiro para que o processo de perfuração, cujo gasto ao todo custou xxx dólares. O circuito para a realização da empreitada envolveu, para além do espelhamento da realidade e do desenvolvimento técnico pertinente para o cumprimento do pôr teleológico realizado na perfuração, então, a realização do devido espelhamento do objeto a ser produzido no que se refere às suas particularidades químicas.

A análise das particularidades químicas do óleo tem grande relevância para o devir mercador do mesmo. Até ali os combustíveis utilizados para a iluminação das grandes cidades ou apresentavam grande dificuldade de queima, como é o caso da madeira, ou grande volatilidade o que gerava grandes riscos de acidentes explosivos. O petróleo, especificamente a querosene que é um de seus subprodutos,

cumpriu a funcionalidade de ser um elemento combustível estável. Inicialmente é esse que é, portanto, o valor de uso que faz com o que se generalize a utilização do petróleo. Compreende o óleo um elemento obtido na natureza que deriva de resquícios de material orgânico comprimido por forte pressão ao longo de milênios, concentrando assim alto potencial calórico. O circuito de cadeias causais inicialmente acionados com a inserção do mesmo no metabolismo social compreende, então, uma relação entre o ser social e um tipo de ser inorgânico cuja origem remota é orgânica. Aqui é encontrado um material na natureza que cumpre uma finalidade teleológica específica no ser social que é exatamente a reprodução da luz. A reprodução da luz, para além disso, tem caráter de centralidade para a produção de diversas outras mercadorias sob a ordem capitalista pois sem a realização de tal reprodução a carga horária que na época facilmente passava de 16 horas diárias não poderia ser implementada.

Até então, um dos subprodutos do petróleo, a gasolina, era despejada fora como insumo inútil, porém a partir das primeiras décadas do século XX, com o invento do motor à combustão, uma outra especificidade causal do petróleo passa a ser instrumentalizado teleologicamente pelo homem: o da utilização como combustível para impulsionar veículos automotores.

A inovação na aplicação do mesmo material inorgânico conhecido pelo homem desde a antiguidade de maneira tremendamente nova como alternativa mais estável para a iluminação e posteriormente como material combustível para o transporte, bem como todo o percurso construído para a realização da produção e utilização desse material pelo homem, que vai desde a elaboração de uma nova técnica de perfuração até o aperfeiçoamento de lamparinas destinadas ao consumo humano, chegando por fim ao desenvolvimento dos motores movidos à gasolina, representa o produto do acerto de um espelhamento humano e de um pôr teleológico que desdobra regras causais num tipo de causalidade posta. Aqui, as alternativas que haviam entre uma finalidade última – a iluminação – e o objeto utilizado pela ação humana – o petróleo – são múltiplas e variáveis, mas as vontades humanas sucessivas ultrapassam um a um os obstáculos até se formar um circuito estável no qual são conjugados diversos pôres teleológicos autônomos e cadeias causais antes desconexas. Elmar Altvater assim expõe a relação entre o capitalismo e a utilização de combustíveis fósseis:

No centro da análise da relação do capitalismo com a natureza está a sua inerente e inevitável dependência dos combustíveis fósseis, particularmente, do petróleo. Para entender essa relação, devemos considerar preliminarmente, de forma resumida, as vantagens dos combustíveis fósseis para a acumulação capitalista. Em termos gerais, o Retorno Energético

sobre o Investimento (EROEI, sigla em inglês) é muito elevado. Apenas uma pequena quantidade de energia precisa ser investida para colher quantidades muito maiores de energia, pois a entropia do petróleo é muito baixa e sua concentração de energia é muito elevada, produzindo um elevado excedente energético. Comparada com os fluxos de energia solar, a energia fóssil é uma fonte “densa”, a ponto de poder parecer responsável pela maioria produzida no sistema capitalista. No entanto, este não é o caso. Um excedente físico e um econômico são tão diferentes quanto valores de uso e valores de câmbio, ou como o barril físico de petróleo e o preço futuro desse barril na bolsa de Chicago. Novamente, revela-se a importância decisiva do duplo caráter das relações de troca capitalistas³²⁵.

Para Altvater, a condensação calórica do petróleo faz com que a exploração deste gere um excedente energético. Esse excedente energético é obtido pois o gasto energético para a produção de petróleo é menor do que a densidade de energia cristalizada em sua corporeidade material. De acordo com Altvater a ocorrência da revolução industrial, caracterizada por uma grande expansão da demanda por recursos naturais fez por necessário expandir-se também a utilização de fontes energéticas, e esse novo modo de produção social encontrou nas propriedades físicas das energias fósseis uma congruência quase perfeita entre sua relação social e o capitalismo. Três são os fatores considerados centrais para que existe entre os combustíveis fósseis e o capitalismo essa congruência determinada por Altvater:

O primeiro de que a utilização de energia fóssil inicialmente para abastecer máquinas à carvão e posteriormente automóveis à gasolina altera tremendamente os padrões de espaço e tempo, passando a ser mais simples transportar recursos energéticos de qualquer lugar do mundo, podendo ser construídas redes logísticas ao longo de todo o globo; em segundo lugar, a energia fóssil pode ser utilizada 24 horas por dia e 365 dias ao ano, tornando mais simples e estável a organização dos processos produtivos, bem como as mesmas podem ser armazenadas para serem consumidas posteriormente; em terceiro a utilização do combustível fóssil para iluminação, bem como o advento do motor de combustão, tornou mais flexível no espaço e no tempo o uso de recursos energéticos, fazendo com o que fosse ultrapassado alguns limites naturais para a reprodução de processos econômicos. Altvater conclui o raciocínio aqui delineado com o seguinte apontamento:

Esse conjunto de aspectos do regime de energia fóssil fornece uma dimensão dos ingredientes que compõe a dinâmica, e da gama de abordagens

³²⁵ALTVATER, Elmar. O capitalismo fóssil e seu ambiente natural in: Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos, 2017, Goiânia. P. 146.

científicas que devem ser observadas para compreender os mecanismos envolvidos na transformação das riquezas naturais em riqueza econômica. Sem o fornecimento contínuo e o uso maciço de energia fóssil, o capitalismo moderno estaria sendo travado nos limites da energia biótica (vento, água, biomassa, força muscular, etc.). Assim, algumas formas sociais capitalistas podem ser identificadas esparsamente em sociedades antigas (na América Latina, na Ásia e na Europa), mas elas não podiam crescer e expandir sem a energia fóssil. A entropia das fontes de energia disponíveis era demasiadamente alta, e o EROEI muito baixo, para permitir uma produção excedente significativa. Portanto, era limitado seu crescimento, fato demonstrado pelas taxas médias de crescimento anual próximas de zero anteriormente à revolução industrial do final do século XVIII.³²⁶

Dessa maneira apreende-se que para superação do modo de produção pré-capitalista em direção ao capitalismo na utilização da energia derivada do combustível fóssil encontramos um componente central. Para além disso, encontramos aqui um passo adiante no processo constante de afastamento das barreiras naturais pelo homem, significando aqui um ultrapassar sem o qual, nos termos de Altvater, o homem estaria travado nos limites da energia biótica. Frisa-se que a ultrapassagem da energia biótica através da utilização de energias fósseis, para além de concretizar um tipo de afastamento das barreiras naturais, compreende também concretamente a lógica de que esse afastamento não significa uma eliminação das barreiras, pois requer uma relação constantes com a natureza que aqui surge como a necessidade de extração do óleo. Por fim, a descoberta do potencial de utilização dos combustíveis fósseis, petróleo incluso, deriva não de um desenvolvimento retilíneo, mas de um processo de tentativa e erro onde diversas alternativas de pôres teleológicos foram testadas até encontrar seu desenvolvimento na utilização do petróleo e na generalização desse uso como um uso estável. O nosso próximo passo, para além da compreensão da utilização, pelo ser social humano, do petróleo, deve ser então o da compreensão de como constitui-se o processo de produção interno da mercadoria petróleo, assim como foram constituídas as cadeias de produção da mercadoria petróleo a nível global.

1.2. A MERCADORIA PETROLEO

Em primeiro lugar Marx diria que “a mercadoria é, antes de tudo, um objeto externo, uma coisa que, por meio de suas propriedades, satisfaz necessidades humanas de um tipo qualquer”³²⁷. Empreendemos já a análise que lança luz sobre as necessidades humanas a serem supridas pela utilização do petróleo, ou,

³²⁶ ALTVATER, E. O capitalismo fóssil e seu ambiente natural. Cit. P. 149.

³²⁷ MARX, K. O capital. São Paulo: Boitempo, 2013, 894 p.

em termos marxistas, evidenciamos o valor de uso inerente à mercadoria petróleo. Dizemos inerentes à mercadoria petróleo pois em grande medida a generalização dos usos do petróleo é um ato histórico ocorrido no capitalismo, ou mais ainda, como defendido por Altvater, a utilização de energias fósseis como o petróleo significou fator central sem o qual não haveria o surgimento do capitalismo. De maneira que, diferentemente de outros usos que foram generalizados em estágios pré-capitalistas e foram transformados pela ordem capitalista, o uso generalizado de petróleo e o tornar-se mercadoria do petróleo são atos históricos simultâneos. O petróleo tem então seu uso generalizado quando já a mercadoria assume um papel central na metabolização da ordem social humana, bem como a mercadorização do trabalho já havia se desenvolvido.

O poder derivado da mercadoria petróleo encontra sua razão no seu uso, por um lado como principal matriz energética mundial o petróleo continua servindo como fonte de iluminação das grandes cidades através da queima de seus componentes em termoeletricas, o que é ampliado para a utilização da energia elétrica em geral fazendo com o que a indústria, a produção de outras mercadorias, estabeleça uma relação de dependência com o petróleo. Além disso encontramos o uso do petróleo também enquanto combustível de automóveis, o que incorpora o uso da mercadoria petróleo no transporte de outras mercadorias. De forma que o petróleo se estabelece como mercadoria incorporada de forma direta ou indireta na produção das outras mercadorias produzidas sob a ordem capitalista. Claro que essa posição de mercadoria fundante na produção de outras mercadorias sob a ordem capitalista aparece como relativa, pois existem outras matrizes energéticas que concorrem com o uso do petróleo, bem como outros meios de transporte que independem do uso do petróleo como combustível podem ser utilizados; porém o uso de outras matrizes para além das fósseis e de outros meios de transporte que não os que utilizam combustíveis derivados do petróleo são residuais.

O processo completo para o desenvolvimento do petróleo enquanto mercadoria envolve a extração, o refino, a estocagem e a distribuição. A extração diz respeito à perfuração do solo para a retirada do óleo bruto. Do óleo bruto através do processo de refino obtêm-se diversos derivados, dentre os mais básicos, do mais leve para o mais pesado, temos: o gás, a gasolina, a querosene, o diesel, o lubrificante, o óleo combustível e o asfalto. De forma que, após ser retirado da natureza, é transportado o óleo bruto para as refinarias, para que através de um processo de fracionamento por aquecimento em tanques apropriados os vários subprodutos originem-se. A possibilidade de estocagem constitui-se elemento central para que o petróleo seja utilizado de forma generalizada enquanto recurso

energético. Por final, a distribuição significa a rede de comercialização construída para levar os derivados produzidos até o consumidor final.

Após a primeira perfuração de petróleo realizada por Drake em Michigan alastrou-se a corrida pelo óleo fazendo a região ser conhecida como Oil Regions, na qual o número de produtores saltou de para 16 mil ao longo do último quartel do século XIX. A corrida pelo óleo fez diversos homens de negócio comprarem terras na região, ocorrendo uma escalada de especulação imobiliária. O caso mais emblemático para compreender a especulação imobiliária derivada da busca desenfreada por petróleo é o da pequena cidade de Pithole localizada a 24 quilômetros da onde Drake descobriu o primeiro poço, que saltou de cerca de 300 habitantes para mais de 15 mil habitantes após ser descoberta uma jazida de petróleo, foram construídos na cidade dois bancos, duas centrais de telégrafo, um jornal, corpo de bombeiros, restaurantes, casas de comércio e fazendas que então valiam 50 dólares foram compradas por mais de um milhão de dólares. Em 6 meses o poço secou. Em 6 meses todo o empreendimento social construído em torno da expectativa de produção de óleo ruiu tornando-a uma cidade fantasma.

A grande questão nas décadas iniciais de produção do petróleo era de que não havia organização da atividade produtiva, um homem poderia perfurar o solo e encontrar petróleo que, nos termos da legislação liberal norte-americana, ele poderia explorar economicamente enquanto proprietário imobiliário. Dessa situação derivava um caos produtivo: poços eram abertos em terrenos que invariavelmente faziam secar terrenos vizinhos, aventureiros se colocavam na caçada por poços que poderiam fazê-los ficar milionários da noite para o dia, a descoberta por terras fazia os preços de terrenos numa região saltar vertiginosamente em poucos dias e assim por diante.

Entretanto, o ponto central do caos produtivo era o de que a oferta invariavelmente ultrapassava a demanda fazendo com o que os preços da mercadoria fossem reduzidos a centavos. Preços tão baixos impactavam diretamente na viabilidade da produção, dificultando e em alguns casos impossibilitando a exploração econômica da mercadoria. Surgia a necessidade de controle da oferta para que houvesse estabilidade de preços no mercado e a proliferação de produtores inviabilizava que tal controle ocorresse. O próprio desenvolvimento capitalista deu razão à solução desses problemas com o surgimento de uma empresa que, por ter aporte de capital maior, paulatinamente superou todas as outras e cristalizou o monopólio da mercadoria: a Standard Oil, de John Rockefeller.

A Standard Oil iniciou enquanto empresa exclusivamente no ramo de refino, John Rockefeller considerava os caçadores de poços de petróleo uns

bárbaros, mas invariavelmente teve que também se inserir na exploração do óleo bruto. Aos poucos levava a falência seus adversários econômicos, o modus operandi básico era o de irrigar o mercado de uma região de óleo, fazer baixar os preços até um patamar que inviabilizava a exploração econômica da concorrência e depois comprar a empresa concorrente. Paulatinamente a empresa incorporou adversários até que em poucas décadas detinha em sua mão 90% dos mercados. Aqui o papel que coube ao monopólio foi o de centralizar capitais e estabilizar a oferta de forma fazer com o que a produção fosse viável.

A gigante norte-americana não encontrou nenhum adversário a altura também a nível internacional até o descobrimento de poços de petróleo na região de Baku na Rússia, o empreendimento realizado ali pelos irmãos Nobel e financiado pela família Rotschild fez surgir uma grande corporação de extração e refino. Após a consolidação da corporação dos irmãos Nobel outras grandes corporações surgiram e passaram a disputar os mercados como, por exemplo, a holandesa Royal Dutch e a inglesa Shell, essa última fundada por um comerciante judeu chamado Marcus Samuel também financiado pelos Rotschild, que décadas mais tarde passariam por fusão corporativa criando a Royal Dutch-Shell. O desdobramento da existência de oligopólios e transnacionais controlando a produção, o refino e a distribuição da mercadoria petróleo resultou por um lado em violentas disputas por mercados e por outro na disputa também violenta por novas reservas petrolíferas:

O rápido aumento da produção russa, a posição muito elevada da Standard Oil, a luta por mercados firmados e novos numa época de suprimentos crescentes – esses eram os fatores que ficaram conhecidos como guerra do petróleo. Na década de 1890, havia uma batalha contínua envolvendo quatro rivais – a Standard, os Rotchild, os Nobel e os outros produtores russos. Num momento, eles estavam num combate feroz por mercador, reduzindo preços, um tentando vender mais barato que o outro; no momento seguinte, podiam estar se cortejando, com vistas a fazer um acordo para dividir entre si os mercados mundiais; e, ainda num outro, era possível que estivessem sondando fusões e compras. Em muitas ocasiões, eles podiam estar fazendo as três coisas ao mesmo tempo, num clima de grande suspeita e desconfiança, apesar da grande cordialidade manifestada num dado momento. E em cada momento crítico estava presente o Standrd Oil Trust, aquele extraordinário organismo sempre pronto a absorver generosamente seus mais ferozes rivais, ou, como diziam os executivos da Standard, a ‘assimilá-los’³²⁸.

³²⁸YERGIN, Daniel. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Sao Paulo: Paz e Terra, 2014, 1080 p. P. 78.

O combate feroz por mercados que tinha no preço sua principal arma de disputa acabava por trazer prejuízos para ambos os lados, fazendo com o que inevitavelmente as grandes companhias buscassem uma composição amigável. Tal aliança foi tentada pela primeira vez entre 1892 e 1893 e tinha como objetivo central a divisão dos mercados internacionais. A proposta para Rotschild só faria sentido se a Standard também conseguisse incluir os produtores independentes dos EUA, e mesmo controlando de 85% a 90% da produção o grande oligopólio norte-americano não conseguiu convencê-los, fazendo com o que em 1894 o acordo caísse por terra. Por duas vezes tentou novamente a Standard realizar tal arranjo internacional, a primeira através da Shell e a segunda através dos produtores independentes russos e dos Nobel, nas duas esbarrou no obstáculo do nacionalismo: Marcus Samuel resistira em que sua empresa deixasse de ter a bandeira inglesa e fosse integrada à Standard e o acordo com os Nobel caiu por terra por influência do Czar. Essa não seria a última tentativa de estabilizar um mercado internacional de petróleo.

A Standard Oil permanecia hegemônica tanto nos mercados norte-americanos quanto no mercado internacional, até que em 1911, a partir de um forte clamor da sociedade civil, por força de lei antitruste foi forçada a se dividir enquanto companhia dando origem a 34 corporações menores. Dentre as corporações originadas pela Standard Oil temos gigantes petroleiras como a Exxon, a Mobil, a Conoco, a Texaco e a Chevron.

Até então havia desenvolvido-se o modo de produção da mercadoria de forma que a produção a partir da pequena propriedade deu lugar à produção realizada pela grande propriedade oligopólica. As revoluções na Rússia e no México estremeceram a produção de petróleo cada uma a sua maneira. Ao passo que novas reservas petrolíferas eram descobertas as gigantes transnacionais logo relacionavam-se com os Estados nacionais a fim de explorar economicamente as jazidas. Na América Latina o primeiro país a ocorrer tal processo foi o México, que chegou a ser o segundo maior produtor de óleo do mundo até a ocorrência da revolução mexicana e a consequente nacionalização das riquezas minerais. Por outro lado, a revolução russa expropriou a grande propriedade petroleira, fazendo com o que os Nobel tivessem que atravessar a fronteira vestidos de camponeses. Ao chegar na Europa Ocidental os Nobel venderam sua companhia à Shell, por um preço irrisório, sob a expectativa de que logo a revolução seria debelada e os campos de petróleo e as instalações seriam revertidos para a companhia inglesa. As repercussões das duas revoluções foram amplas. A revolução mexicana fez com o que o grande capital transnacional saísse do país e migrasse, por exemplo, para a

Venezuela, e cerca de 20 anos depois o próprio Estado mexicano expropriaria o capital petrolífero local criando uma das primeiras estatais de petróleo das américas: a Pemex. Já a expropriação da grande propriedade petroleira na Rússia fez com o que as grandes empresas transnacionais organizassem em frente única um boicote ao óleo russo, boicote esse que não conseguiu lograr êxito por conta de que a União Soviética sempre conseguiu uma brecha para fazer vender óleo barato através de algum elo fraco do boicote.

As explosões revolucionárias, tanto na Rússia quanto no México, fizeram pender a produção petrolífera para outras regiões do globo, mas, mais do que isso, fez com o que os governos nacionais de outros países passassem a negociar em outro patamar com as empresas transnacionais. Uma das primeiras concessões de exploração de petróleo no mundo árabe, por exemplo, foi firmada entre um capitalista chamado William Nox D'Arcy e o xá do império Persa, na qual foi concedido em 1901 o direito de exploração e comercialização de petróleo por 60 anos em troca de 20 mil libras esterlinas, mais 20 mil libras em ações e 16% dos lucros líquidos anuais. O acordo firmado nessa concessão acabou se tornando o centro da disputa geopolítica entre a Inglaterra e a então Rússia czarista, ambos os países imperialistas buscavam influenciar a região da Pérsia por conta desta estar entre o império russo e as Índias. Por conta da centralidade geopolítica da Pérsia a concessão de William D'arcy, a partir da primeira guerra mundial, atraiu os interesses do Estado inglês, fazendo com o que a corporação criada para a exploração do petróleo na região, a Anglo-Persian Oil Company, tivesse 51% de suas ações compradas pelo Estado inglês ao preço de 2,2 milhões de libras esterlinas. A Anglo Persian teria seu nome modificado para Anglo-Iranian Oil Company em 1935 para pôr fim passar a se chamar British Petroleum Company, ou, na sigla, BP.

A questão é que, a partir da década de 1930, com o ascenso de ideais nacionalistas e com a ameaça constante de expropriação, como ocorrido no México e na Rússia, servindo como faca no pescoço das transnacionais as concessões de petróleo foram sendo revogadas até que, na Venezuela, estabeleceu-se o acordo de 50% para os Estados Nacionais e 50% para as empresas exploradoras. O acordo de 50 a 50, ou fifty/fifty, firmado na Venezuela acabaria por se tornar uma busca estratégica para o Estado nacional venezuelano, em razão de que se a Venezuela fosse o único país a adotar tal relação com as transnacionais o óleo venezuelano ficaria mais caro em relação ao de outros países, perdendo competitividade e mercados. Dessa maneira coube a Juan Pablo Pérez Alfonso, então ministro do Desenvolvimento, espalhar a fórmula ao redor do globo, principalmente levando-a aos países árabes, que já então concentravam as maiores jazidas de petróleo do

planeta. No oriente médio a primeira concessão negociada que fez desabar o equilíbrio existente entre Estados nacionais produtores de petróleo e empresas transnacionais foi a negociação realizada em 1948 entre a American Independent Oil Company (AMINOIL) e os Estados da Arábia Saudita para exploração na chamada zona neutra entre Arábia Saudita e o Kwait, sendo oferecidos 55 centavos de *royalties* por barril de petróleo, o que representava muito mais do que os 35 centavos pagos pela Aminoil ao Kwait, do que os 33 centavos que a Aramco pagava à Arábia Saudita, do que os 16,5% que então eram pagos pela Anglo-Iranian e pela Companhia Iraquiana de petróleo, como também muito mais que os 15% que a Companhia Kuaitiana paga ao Kwait.

A pressão sobre todo o sistema de concessões passou a ser realizada pelos Estados nacionais ao final da década de 1940, fazendo com que o próximo dique a ceder fosse justo novamente na Arábia Saudita, sendo formulado ali o acordo 50/50 entre o Estado Saudita e a Aramco. A disputa por novos acordos representava uma guerra econômica pelo excedente de rendimento, uma disputa entre os países produtores onde encontravam-se as jazidas e as empresas que detinham o conhecimento técnico para a exploração econômica da mercadoria petróleo, a respeito dessa dicotomia assim desenvolve Daniel Yergin:

Todos apresentariam reivindicações legítimas. O país hospedeiro detinha a soberania sobre o óleo em seu subsolo. Já o petróleo teria pouca valia se a companhia estrangeira não tivesse arriscado seu capital e empregado sua experiência para descobri-lo, produzi-lo e colocá-lo no mercado. O país hospedeiro era, em essência, o proprietário, a companhia uma simples possuidora, que deveria pagar, com certeza, uma renda pré-negociada. Mas, e se pelos esforços e riscos do possuidor fosse feita uma descoberta e o valor da propriedade aumentasse substancialmente, deveria o possuidor continuar pagando a mesma renda estabelecida nas condições iniciais, ou ela deveria ser aumentada pelo proprietário? 'Este é o grande divisor da indústria petrolífera: uma descoberta valiosa significa um proprietário insatisfeito', disse o economista especializado em petróleo, M.A. Adelman. 'Ele sabe que o lucro do possuidor é muito maior do que o necessário para mantê-lo produzindo e deseja uma parcela dos rendimentos. Se conseguir algo, vai querer mais'.³²⁹

A disputa pelo rendimento excedente do petróleo se apresentava, então, como uma típica relação econômica que acarreta desdobramentos políticos. No caso os Estados nacionais buscavam, com a reavaliação das concessões, a defesa

³²⁹ YERGIN, D. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Cit. P. 487.

da soberania nacional, acenando com fortes recortes de ideologia nacionalista em confronto com o colonialismo e o imperialismo representado pela exploração econômica por parte das empresas estrangeiras. Ao inverso, as empresas transnacionais acreditavam que estariam sendo roubadas por conta das mesmas terem realizado o investimento do capital fixo responsável pela produção e reprodução econômica da mercadoria petróleo. A nova fórmula desenvolveu-se a partir do desdobramento dos preços da mercadoria petróleo em preços fixados, ou tabelados e preços de mercado, de forma que os países produtores recebiam os *royalties* a partir dos preços tabelados e as empresas transnacionais eram responsáveis por vender o produto no mercado internacional pelo preço. Ao longo da década de 1950, porém, as sucessivas descobertas de enormes jazidas no oriente médio e a instauração de uma política de cotas de importação de petróleo pelos EUA fez com o que a oferta de óleo ultrapassasse em longa margem a demanda e os preços caíssem vertiginosamente, pela primeira vez na história um bilhão de barris de petróleo, a mais, ou a menos, no mercado internacional não faziam diferença. Além dos fatores levantados, a indústria petrolífera da União Soviética havia reerguido-se e os soviéticos irrigavam o mercado internacional de óleo barato. Dessa maneira, cada vez mais o valor de mercado expressava-se abaixo do necessário para manter a taxa de lucratividade das empresas internacionais de petróleo:

Os descontos estavam conduzindo a indústria mundial do petróleo a uma crucial divergência entre o preço oficial ou fixado, que se mantinha constante, e os reais preços de mercado pelos quais o petróleo bruto era vendido e que estavam em declínio. E era sobre os primeiros – os preços fixados – que os países produtores computavam seu quinhão de taxas e *royalties*. Originalmente, os preços tabelados deveriam acompanhar os preços de mercado, como de fato ocorria. Mas, com a política de descontos disseminada, iniciou-se e expandiu-se uma diferença entre os dois. O preço fixado não podia ser facilmente não podia ser facilmente reduzido devido a sua importância nas receitas dos países produtores. Isso significava que eles continuavam a retirar 50% dos lucros baseados nos preços fixados. Porém, no final da década de 1950, este preço era fictício, só existindo para o cálculo dos rendimentos. Na verdade, os países produtores estavam cobrando uma porcentagem maior – talvez 60 ou 70% - dos lucros realizados sobre o preço vigente. Em outras palavras, os governos do Oriente Médio se mantinham incólumes, enquanto as companhias absorviam todos os efeitos da queda de preços. A questão dos descontos acentuou-se a partir de 1958. A imposição das quotas de importação pelos Estados Unidos reduziu, a um nível considerável, o mais vasto mercado mundial do petróleo e imprimiu um rápido aumento de produção fora dos Estados Unidos. Como

consequência, aqueles barris adicionais tinham que disputar um lugar num mercado reduzido³³⁰

A pressão dos descontos realizados nos preços do mercado internacional nos lucros das empresas transnacionais trazia nervosismo para os grandes oligopólios, fazendo com que no início de 1959 a British Petroleum realize de maneira unilateral um corte de 10% no preço tabelado afetando diretamente os interesses dos países produtores. Assim que o corte foi realizado foi realizado em abril do mesmo ano o Congresso Árabe do Petróleo, acompanhado de perto pela Venezuela e por representantes do oligopólio internacional. O acordo selado ao final do encontro refletiu-se na intenção política de abandonar a regra de 50/50 e passar a adotar uma relação de 60/40 a favor dos países produtores, além disso se comprometiam os países a construir sua própria capacidade de refino, de forma que o encontro tornou-se um marco para a consolidação de uma frente comum dos países produtores contra as companhias, podendo ser considerado o embrião originário da Organização dos Países Exportadores de Petróleo – OPEP. A British Petroleum logo recuaria do seu intuito de rebaixar os preços tabelados, mas em agosto de 1960 a Standard Oil de New Jersey tornaria a reduzir os preços tabelados em 7% fazendo com que os países membros concluíssem em 14 de setembro do mesmo ano os trabalhos de criação da OPEP, cuja finalidade inicial seria a de regulação da produção da mercadoria petróleo e de que os preços passassem a ser definidos de forma cooperada entre os países membros e as empresas transnacionais.

A possibilidade de controle da produção de petróleo dava aos Estados nacionais árabes um poder econômico e uma influência sócio-política nunca antes experimentados por esses países, e tal poder serviria para os tempos de paz, mas sobretudo para os tempos de guerra. Ao longo da década de 1960 o pêndulo começava e se inverter e os tempos de grande oferta de petróleo em relação à demanda começavam a se tornar tempos de maior equilíbrio entre oferta e demanda. Entre 1948 e 1972 o consumo nos EUA triplicou de 5,8 milhões para 16,4 milhões de barris diários, na Europa Ocidental houve um aumento de 15 vezes, de 970 mil barris para 14,1 milhão de barris, e no Japão o descomunal aumento de 137 vezes, passando de 32 mil barris para 4,4 milhão:

Todos os números – produção, reservas e consumo – apontavam para uma só realidade: escalas cada vez mais altas. Em todos os aspectos, a indústria do petróleo não poderia ter sido levados a efeito sem uma infraestrutura. Uma profusão de novas refinarias foram construídas, cada vez maiores em

³³⁰ YERGIN, D. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Cit. P. 580.

tamanho, visto que eram projetadas para atender rapidamente a mercados em expansão e para investir em economias de escala. Novas tecnologias capacitaram algumas refinarias a aumentar o retorno de produtos de alto valor – gasolina, gasolina para aviões, óleo diesel e óleo para calefação -, passando de 50% para 90% do barril de petróleo bruto. O resultado foi uma rápida conversão dos aviões a jato, das locomotivas e caminhões a diesel e do aquecimento a óleo nas residências. As frota de petroleiros se multiplicam e os de tamanhos convencionais deram lugar às imensas máquinas de longo percurso chamadas de superpetroleiros. Os postos de gasolina, cada vez mais sofisticados, surgiam subitamente nos cruzamentos e ao longo de rodovias dos países industrializados. ‘Maior é melhor’ – esse era o tema dominante da indústria petrolífera. ‘Maior é melhor’ também fascinava os consumidores de petróleo. Movidos por grandes motores e adornados com cromados e extravagantes ‘rabos de peixe’, os automóveis americanos tornavam-se cada vez mais compridos e mais largos. Eles todos rodavam quilômetros com um galão de gasolina³³¹

Agora, ao reverso do período anterior em que os preços de mercado oscilavam cada vez mais para baixo retirando excedente das empresas transnacionais, os preços subiam cada vez mais fazendo com o que os países organizados na OPEP passassem a reivindicar uma cota maior da relação negocial. Em novembro de 1970 o xá do Irã passou a cobrar 55% dos rendimentos, fazendo com o que as empresas oferecessem a mesma proposta para os outros países, a Venezuela alteraria por meio de lei o acordo de sua concessão passando para 60% e finalmente uma conferência da OPEP estabeleceu a taxa de 55% como alíquota mínima para as concessões de petróleo e um aumento de 35 centavos no barril de petróleo, sob o compromisso de que não haveria nenhum outro aumento pelos próximos 5 anos. O acordo de 5 anos não foi cumprido, e, para além disso, a partir desse ponto os países produtores avançaram mais ainda no controle sobre a produção passando a estatizar as empresas petrolíferas em seus territórios. A estatização já havia sido uma solução nas revoluções mexicana e russa de 1917, bem como também na revolução nacional iraniana da década de 1950, mas trazia consigo uma problemática: a necessidade dos países produtores controlarem a distribuição do óleo e terem acesso direto aos mercados de consumo.

Será nesse contexto de aumento da demanda e expansão do controle dos Estados nacionais sobre a produção do óleo que o mundo árabe tentará pela primeira vez utilizar aquilo que Daniel Yergin chama de “a arma do petróleo”. Ao entrar em guerra com o Estado de Israel, o Egito de Nasser conclama os países árabes a boicotar a produção e dessa forma é feito dando razão à chamada Guerra

³³¹ YERGIN, D. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Cit. P. 612.

dos Seis Dias em 1967. O freio na produção árabe faz ser necessário que as reservas norte-americanas cubram a lacuna de 1,5 milhão de barris de petróleo no mercado internacional, mas ao final a derrota frente ao Estado de Israel acabou por significar uma dupla derrota, tanto do ponto de vista militar quanto do ponto de vista econômico, representando grande prejuízo financeiro aos cofres dos países árabes. A pressão da expansão da demanda se desenvolve ao longo dos próximos anos e novamente, em 1973, o mundo árabe se vê às voltas com mais um conflito armado com o Estado de Israel, dessa vez na guerra do Yom Kippur. Novamente, organiza-se um boicote à produção de petróleo em paralelo ao conflito armado, porém, dessa vez o vazio produtivo não poderia mais ser suprido pela expansão da oferta Norte-americana. A produção de petróleo norte-americana havia atingido seu ápice no começo da década de 1970 e agora entrava em declínio, em razão disso a política de cotas de importação havia sido revogada e em seu lugar criava-se um sistema de regulação da importação baseado em tarifas, assim o gigante mercado de consumo dos EUA agora devorava óleo vindo das diversas regiões do globo sob as regras do mercado internacional:

Sem as barreiras de importação, os Estados Unidos eram agora participantes irrestritos e sequiosos do mercado mundial de petróleo. Juntaram-se a outros países consumidores na demanda clamorosa pelo petróleo do Oriente Médio. Dificilmente haveria qualquer escolha, a não ser eliminar as cotas; mas esse fim significava um aumento da demanda em um mercado já efervescente. As empresas estavam comprando todo o petróleo disponível. ‘Apesar de todo o óleo cru que possuímos’, recordou o presidente de suprimento e assessor comercial da Gulf Oil, ‘eu achava que tínhamos que ter comprado mais. Precisávamos diversificar’. No verão de 1973, as importações dos Estados Unidos alcançaram 6,2 milhões de barris de petróleo/dia comparadas com os 3,2 milhões de barris/dia em 1970 e com os 4,5 milhões em 1972³³²

Dessa vez, o estratagema dos países árabes de boicotar a produção como parte do esforço de guerra atuando na frente econômica acarretaria resultados muito mais efetivos pois, dessa vez, não haveria produção de petróleo suficiente para suprir a lacuna deixada pelo óleo árabe, pela razão central de que a economia que durante mais de um século havia sido a maior exportadora de óleo agora havia passado a ser importadora da mercadoria. O embargo organizado compreendia dois elementos: o primeiro uma redução inicial de 10% da produção dos países que concordaram com o boicote, acompanhado de novos cortes de 5% a cada mês, e o segundo elemento era a total proibição de exportação de óleo para países

³³² YERGIN, D. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Cit. P. 669.

que apoiavam politicamente o Estado de Israel, o que implicava inicialmente os EUA e a Holanda mas que acabou por envolver também Portugal, África do Sul e a Rodésia. No final de dezembro de 1973, os preços que até então eram de 5,4 dólares passaram a 23 dólares o barril, o quádruplo do preço. Os efeitos para a economia mundial seriam arrasadores:

Para os países desenvolvidos do ocidente industrializado, o súbito aumento nos preços do petróleo deu origem a profundas distorções. Os lucros do petróleo que inundavam o tesouro dos países exportadores significavam uma grande retração de seu poder aquisitivo – o que se tornou conhecido como o ‘imposto da OPEP’. A imposição desses ‘impostos’ levou os países industrializados a uma profunda recessão. O PNB dos Estados Unidos caiu 6% entre 1973 e 1975, enquanto o desemprego dobrou para 9%. O PNB do Japão caiu em 1974 pela primeira vez desde o fim da II Guerra mundial. À medida que os japoneses se preocupavam com o possível fim de seu milagre, os estudantes pararam de gritar ‘maldito PNB’ nas demonstrações em Tóquio e, em vez disso, descobriram novas virtudes no trabalho árduo e na promessa de emprego vitalício. Ao mesmo tempo, os aumentos de preços provocaram um grande choque inflacionário em economias já dominadas por forças inflacionárias. Se o crescimento econômico foi retomado em 1976 no mundo industrializado, a inflação se tornou tão profundamente arraigada nas economias do ocidente, que passou a ser considerada como o mais completo desafio da era moderna³³³

Apesar de novamente derrotados militarmente ao final do conflito de Yom Kippur, os países produtores obtiveram avançaram um passo a mais no fortalecimento de sua relação econômica com as empresas transnacionais, ademais revolveram o equilíbrio internacional também na geopolítica de forma que qualquer país pensaria duas vezes antes de se posicionar automaticamente a favor dos interesses israelitas. Nesse sentido, o próximo passo seria justamente o fim do regime de concessões e, novamente, a Venezuela seria pioneira nesse sentido. Em 1971 foi promulgada a chamada lei de reversão, através da qual o fim do período de concessão não haveria como, na Venezuela, haver renovação dos contratos, sendo então nacionalizada a produção. A Venezuela fez duas exigências após a nacionalização: a primeira a de manter o fluxo de tecnologia e de acompanhamento técnico do estrangeiro, de forma a manter a indústria eficiente, havendo aqui o pagamento de 14 a 15 centavos por barril às ex-concessionárias; a segunda, seria acesso ao mercado internacional, pois o Estado produtor precisava viabilizar a venda da mercadoria e as empresas ex-concessionárias podiam garantir a venda para os seus clientes. Foi criada uma importante empresa estatal, a PDVSA, cujo

³³³ YERGIN, D. O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro. Cit. P. 719.

papel seria viabilizar o financiamento, o planejamento e a coordenação, bem como uma série de companhias operacionais conformando uma indústria petrolífera integrada que ia da extração do óleo até a comercialização em seus próprios postos de gasolina. Seguindo o exemplo da Venezuela os outros países produtores, paulatinamente, revogaram as concessões, passando as empresas transnacionais de concessionárias para empresas contratadas. Nessa conjuntura expandia-se o óleo vendido diretamente no mercado internacional pelos países produtores, passando de 8% da produção total da OPEP vendida diretamente em 1973 para 42% em 1979. Ao final da década de 1970 um novo choque do petróleo, dessa vez em razão da revolução no Irã sinalizava que os tempos de estabilidade dos preços ficaram para trás.

Com o fim do regime de concessão e com o crescente avanço do poder estatal sobre a regulação da produção e da distribuição de óleo, no começo da década de 1990 temos uma reestruturação da indústria petrolífera privada. Nesse sentido há uma ainda maior centralização de capitais: A BP fundiu-se com a Amoco e a ARCO mantendo o nome de British Petroleum, a Exxon fundiu-se com a Mobil criando a Exxon-Mobil, a Chevron e a Texaco juntaram-se mantendo o nome Texaco, a Conoco e a Phillips passaram a ser a Conoco Phillipis, e, na Europa, as francesas Total e Elf Aquitaine juntaram-se à belga Petrofina sob o nome de Total. Apesar da integração do capital privado, somados, todo o petróleo que as gigantes transnacionais produzem correspondem à 15% da oferta mundial, ao passo que as empresas estatais nacionais (NOC's) produzem cerca de 85%. Ao longo da década de 1990, entretanto, a produção estatal passaria, em razão da onda neoliberal, a ser mais fragmentária e suscetível da influência do capital privado, a partir da abertura de capitais.

CONCLUSÃO

Até aqui encontramos a evolução histórica da mercadoria petróleo de forma que inicia seu itinerário a partir da exploração privada liberal, em que o sujeito individual que encontrasse óleo em sua propriedade poderia explorar livremente a mercadoria. Da exploração liberal decorriam problemas no sentido da instabilidade decorrente desse modo de produção, o que fazia gerar desperdícios e inviabilidade da reprodução capitalista da mercadoria em razão da baixa

lucratividade. Do seio da exploração liberal surge a grande empresa monopolista, que no caso do petróleo é personificada na Standar Oil, desdobrando-se futuramente nas outras gigantes empresas transnacionais petrolíferas. A inserção mais ativa do Estado vai se desenhar inicialmente por tentativas de controle do preço e da produção, e futuramente com a nacionalização das riquezas minerais que será derivada das revoluções do começo do século XX. O impulso nacionalista derivado das revoluções vai, ponto a ponto, imprimir o ritmo do devir mercadoria do petróleo, aumentando, cada vez mais, o poder dos Estados nacionais sobre a produção de óleo: inicialmente a partir da expansão da quota pertencente a esses países nos acordos de concessão, para depois o avanço sobre o controle dos preços e da produção da mercadoria a partir da OPEP, para pôr fim a estatização e o acesso direto às cadeias internacionais de comércio.

A partir do binômio oferta e demanda, entretanto, se chega a uma leitura parcial do processo histórico de produção da mercadoria petróleo, em que se analisa a flutuação de preços a partir de uma análise numerificada e que somente arranha a aparência do fenômeno. No caso, os sucessivos embates entre os Rockefeller e os Rotshild, entre a Standard Oil e os pequenos produtores independentes, entre os Estados nacionais e as grandes transnacionais, representam tão-somente embates entre a grande propriedade privada, a pequena propriedade privada os Estados nacionais – tardiamente tendo seus interesses representados pela propriedade estatal – sem empreender a análise a respeito do principal conflito existente na produção da mercadoria petróleo que é o conflito entre o capital petrolífero e o trabalho petrolífero. As disputas entre as diversas formas de propriedade petrolífera encarnam a disputa pelo excedente quando já a mercadoria encontra-se na sua fase de circulação, não revelando – ou ocultando – as relações que se dão pela disputa do excedente no seio da produção.

REFERENCIAS

ALTVATER, E., “O capitalismo fóssil e seu ambiente natural in: Revista Brasileira de Assuntos Regionais e Urbanos”, Goiânia, 2017.

FUSER, I., “Energia e relações internacionais” [documento online]. 2019. Disponível no link «<https://economiapoliticadeenergia.wordpress.com/livro-energia-e-relacoes-internacionais-completo/>». [06-06-2019].

LUKÁCS, G., “Prolegômenos para uma ontologia do ser social: questões de princípio para uma ontologia hoje tornada possível”, São Paulo, 2010, p. 414.

LUKÁCS, G., “Para uma ontologia do ser social”, 2 ed., Boitempo, São Paulo, 2013, p. 831.

MARX, K., “O capital”, Boitempo, São Paulo, 2013, p. 894.

YERGIN, D., “O petróleo: uma história mundial de conquistas, poder e dinheiro”, Paz e Terra, São Paulo, 2014, p. 1080.

MOVIMENTO LGBTI NO BRASIL E RECONHECIMENTO DE DIREITOS: perspectivas sobre judicialização e ativismo judicial a partir de alguns casos do STF

MONICA, Eder Fernandes

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense, *ederfm@id.uff.br*

MARTIRE, Gabriel Cerqueira Leite

Especializado em Gênero e Sexualidade pelo IMS/UERJ. Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal Fluminense, PPGSD / UFF, *gclm85@yahoo.com*

COSTA, Ramon Silva

Mestrando (bolsista CAPES) do Programa de Pós-Graduação em Direito e Inovação da Universidade Federal de Juiz de Fora, *ramoncosta@outlook.com*

RESUMO

A Constituição Federal de 1988 possibilitou o fortalecimento de diversos movimentos de minorias sociais na busca pelo reconhecimento de direitos no Brasil. Nesse sentido, o artigo aborda o processo de reconhecimento de direitos para o grupo LGBTI, a partir da análise sobre a atuação judicial acerca de algumas demandas do Movimento LGBTI no país. A metodologia consiste em uma revisão bibliográfica alinhada a uma análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal acerca da união homoafetiva, do direito ao nome e gênero em registros civis para pessoas transexuais e a criminalização da homotransfobia. O objetivo central é compreender alguns aspectos do processo de judicialização dessas demandas específicas da população LGBTI que chegaram ao STF e ganharam repercussão nacional e olhá-las sob o prisma da judicialização de demandas sociais e do ativismo judicial. Assim, entende-se que o Judiciário utiliza uma interpretação amplificada do texto constitucional e nesse cenário, o chamado ativismo judicial acaba por conceder direitos basilares para a dignidade humana desses indivíduos, sendo alçado como plataforma política para as demandas LGBTI suprimindo de certa forma a mora e omissão do Legislativo.

Palavras-chaves: Judiciário; Movimento LGBTI; Ativismo Judicial; Judicialização.

RESUMEN

La Constitución Federal de 1988 posibilitó el fortalecimiento de diversos movimientos de minorías sociales en la búsqueda del reconocimiento de derechos en Brasil. En ese sentido, el artículo aborda el proceso de reconocimiento de derechos para el grupo LGBTI, a partir del análisis sobre la actuación judicial acerca de las demandas del Movimiento LGBTI en el país. La metodología consiste en una revisión bibliográfica alineada a un análisis de algunas decisiones del Supremo Tribunal Federal acerca de la unión homoafectiva, del derecho al nombre y género en registros civiles para personas transexuales y la criminalización de la homotransfobia. El objetivo central es comprender algunos aspectos del proceso de judicialización de esas demandas específicas de la población LGBTI que llegaron al STF y ganaron repercusión nacional y mirarlas bajo el prisma de la judicialización de demandas sociales y del activismo judicial. Así, se entiende que el Judiciario utiliza una interpretación amplificadora del texto constitucional y en ese escenario, el llamado activismo judicial acaba por conceder derechos basilares para la dignidad humana de esos individuos, siendo alzado como plataforma política para las demandas LGBTI supliendo de cierta forma la mora y omisión del Legislativo.

Palabras claves: Judiciario; Movimento LGBTI; Ativismo Judicial; Judicialização.

ABSTRACT

The Federal Constitution of 1988 made it possible to strengthen various social minority movements in the search for recognition of rights in Brazil. In this sense, the paper addresses the process of recognition of rights for the LGBTI group, based on the analysis of the legal action on the demands of the LGBTI Movement in the country. The methodology consists of a bibliographical review aligned to an analysis of some decisions of the Federal Supreme Court on homoafetive union, the right to name and gender in civil registries for transsexual people and the criminalization of homotransphobia. The central objective is to understand some aspects of the process of judicialization of these specific demands of the LGBTI population that arrived at the STF and gained national repercussion and to look at them under the prism of the judicialization of social demands and of judicial activism. Thus, it is understood that the Judiciary uses an amplified interpretation of the constitutional text and in this scenario, the so-called judicial activism ends up granting basic rights to the human dignity of these individuals, being elevated as a political platform for the LGBTI demands, supposing to some extent the delay and omission of the Legislative.

Key-words: Judiciary; LGBT Movement; Judicial Activism; Judicialization.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; METODOLOGIA; I- O Movimento LGBTI no Brasil; II- A judicialização de demandas LGBTI; II.1- O percurso da união homoafetiva no Judiciário brasileiro; II.2- O direito à retificação de nome e gênero nos registros civis de pessoas trans; II.3- A criminalização da homotransfobia: o art. 20 da Lei nº 7716-89; III- O ativismo judicial no debate sobre direitos LGBTI; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

O Estado democrático de Direito e a efetivação dos direitos humanos enfrentam os desafios da realidade por meio da doutrina e da jurisprudência que são constantemente perpassadas pelos conflitos e sociabilidades gerados pela crescente complexidade da vida contemporânea. Nesse campo, podem ser citadas a diversidade sexual e as múltiplas configurações familiares, sexualidades, afetividades e identidades que configuram uma realidade expressiva no Brasil, mas que enfrentam obstáculos para um reconhecimento efetivo e plural³³⁴. Nesse sentido, este artigo debate algumas possíveis inferências extraídas de três casos atuais que chegaram ao STF que abordam demandas LGBTI no Brasil, sob a perspectiva dos debates sobre judicialização de demandas sociais e ativismo judicial.

Dessa forma, o objetivo é compreender esses casos, a judicialização de demandas do Movimento LGBTI³³⁵ com ênfase na discussão acerca do ativismo judicial e em uma política de inclusão e reconhecimento desses direitos. Assim, para melhor explicar esse processo, inicialmente este trabalho apresenta um panorama geral da trajetória de judicialização/institucionalização das demandas políticas da comunidade a partir dos anos 1990³³⁶ e discorre uma análise acerca dessas últimas decisões expressivas, como um caminho inicial para o momento atual em que essas demandas chegam ao STF e ganham notoriedade no país.

A metodologia empregada nesse artigo conta com uma revisão bibliográfica, com ênfase em pesquisas sobre o Movimento LGBTI no Brasil, além de abarcar referências sobre judicialização e ativismo judicial. O artigo emprega ainda

³³⁴ FACCHINI, R., “Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”. Rio de Janeiro, 2005.

³³⁵ A sigla LGBTI utilizada neste trabalho não tem a intenção de restringir as discussões abordadas apenas à realidade dos indivíduos expressamente representados na sigla. Assim, o trabalho baseia-se nas demandas de todas as pessoas que se reconheçam detentoras dos chamados direitos LGBTI no Brasil, levando-se em conta inclusive aquelas representadas por outras siglas comumente usadas como LGBTQ, LGBGTITQI+, dentre outras.

³³⁶ GOHN, M. G., “Movimentos sociais na contemporaneidade”, Revista Brasileira de Educação, 16(47), pp. 333-361, São Paulo, 2011

um método de análise de decisões que decorreram em reconhecimento de direitos para pessoas LGBTI nos últimos anos com enfoque para o julgamento da ADPF 132 e ADI 4.277 (união homoafetiva), ADI 4.275 (registros civis de pessoas transexuais) e da MI 4.733 e ADO 26 (criminalização da homotransfobia).

I. O MOVIMENTO LGBTI NO BRASIL

Os movimentos sociais em geral representam ações sociais coletivas de caráter sociopolítico e cultural que promovem formas distintas de busca por efetivação de demandas³³⁷. No caso do Movimento LGBTI, os indivíduos clamam por direitos humanos basilares, dignidade pública e políticas sociais que contemplem a esfera que os circundam. No Brasil, os conflitos gerados por estas demandas estão evidenciados nas demandas que chegam ao Judiciário, tanto individuais quanto as postuladas pelos movimentos sociais³³⁸.

Regina Facchini e Júlio Simões destacam em suas pesquisas³³⁹ que o movimento social LGBTI brasileiro, enquanto movimento social organizado, nasceu na década de 1970, quando era chamado de Movimento Homossexual Brasileiro (MHB) e pode ser dividido em momentos chamados pelos autores de “ondas”. A primeira onda seria marcada pelo fim do regime militar no Brasil e expressaria um caráter revolucionário por suas pautas políticas e pela busca de uma igualdade entre os membros que gradativamente contribuiu para a construção de uma identidade LGBTI. A segunda onda concentra-se no período de redemocratização em fins da década de 1980, quando se acentua a participação do movimento social LGBTI no cenário público. E, por fim, a terceira onda teria vigorado na década de 1990, com o estabelecimento de relações com instituições estatais e não estatais.

A criação do grupo SOMOS, em São Paulo, e do Jornal Lâmpião da Esquina, no Rio de Janeiro em 1978, é tida por Green como o marco inicial da construção de um movimento político de lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e intersexuais no país³⁴⁰. O grupo SOMOS foi criado em plena Ditadura Militar e apresentou a primeira proposta de politização de questões entendidas atualmente como pertencentes ao grupo LGBTI, com um caráter contestatório e

³³⁷ DIAS, M. B., “A União Homossexual: Preconceito e Justiça”, Porto Alegre, 2000

³³⁸ FACCHINI, R., “Entrecruzando diferenças: mulheres e (homo)sexualidades na cidade de São Paulo”. In: BENÍTEZ, M. E. D; FIGARI, C. E. (Ed.). Prazeres dissidentes. CEPESC, Rio de Janeiro, 2009.

³³⁹ SIMÕES, J.; FACCHINI, R., “Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT”. São Paulo, 2009.

³⁴⁰ GREEN, J. N., “Além do carnaval: a homossexualidade no Brasil do século XX”. São Paulo, 2000.

antiautoritário, inspirado no movimento argentino *Nuestro Mundo*, da *Frente de Liberación Homossexual* (FLH), que tinha como proposta discutir a homossexualidade por meio das vivências de seus integrantes. Já o jornal *Lampião da Esquina* circulou entre os anos de 1978 e 1981 e resistia à Ditadura por meio de publicações voltadas à realidade e questões de indivíduos marginalizados por suas práticas e identidades sexuais³⁴¹.

Na chamada segunda onda, o “Grupo Gay da Bahia” e o “Triângulo Rosa” foram fundamentais para a passagem do movimento LGBTI de um período inicial marcado por atividades de resistência à ditadura militar, para uma organização política voltada para a conquista de direitos civis, combate à discriminação e violências e estabelecimento de organizações de caráter formal. Nesse período, o movimento LGBTI criava suas bases políticas e reivindicava suas principais demandas. Esse segundo momento do Movimento foi afetado pela associação entre HIV/AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida)³⁴² e homossexualidade, em um contexto social de epidemia da doença que era considerada a “peste gay”, acarretando na dispersão do movimento e diminuição considerável do número de grupos e organizações pelo Brasil, devido às discriminações que se acentuaram gravemente³⁴³.

A partir dos anos 1990 inicia-se a terceira onda do movimento LGBTI, com o expressivo crescimento de grupos e organizações e sua difusão em todo o Brasil. O novo panorama social do Movimento foi possível por fatores como a organização de uma resposta coletiva à epidemia de HIV/AIDS, com a implementação de uma política de prevenção ao HIV/AIDS e às demais doenças sexualmente transmissíveis, que foi estruturada conjuntamente pelo Estado e pela sociedade civil que empreenderam forças para a promoção de pautas voltadas ao incentivo de políticas de identidade como uma estratégia para a diminuição da vulnerabilidade de populações estigmatizadas³⁴⁴.

Em 1995, funda-se a ABGLT (Associação Brasileira de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis, Transexuais e Intersexos) a maior associação do gênero na América Latina e Caribe, que foi criada com o objetivo e a missão de promover ações que garantam a cidadania e os direitos humanos de pessoas LGBTI. A criação dessa Associação pode ser apontada como marco na construção de uma

³⁴¹ TREVISAN, J.S., “Devassos No Paraíso - A Homossexualidade No Brasil, da Colônia À Atualidade”. São Paulo, 2018.

³⁴² A AIDS pode ser entendida basicamente como uma doença no sistema imunológico causada pelo vírus HIV.

³⁴³ SIMÕES, J.; FACCHINI, R. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT, cit.

³⁴⁴ SIMÕES, J.; FACCHINI, R. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT, cit.

perspectiva do movimento LGBTI voltada para a discussão pública de direitos e garantias, objetivos que se tornaram presentes em organizações espalhadas pelo Brasil e fomentaram o terreno para um movimento destinado a obter direitos e políticas públicas para a sua população³⁴⁵.

No processo de consolidação de direitos e de reconhecimento das pautas do movimento LGBTI no país, destaca-se a realização da Conferência Nacional GLBT em Brasília, no ano de 2008, precedida de reuniões regionais e estaduais que culminaram em 510 propostas e contaram com a participação de cerca de dez mil pessoas. O Brasil foi o primeiro país a promover uma atividade dessa proporção e natureza, demonstrando o seu compromisso com a promoção dos direitos de indivíduos LGBTI³⁴⁶.

No Brasil, a relação entre sexualidade e direitos tem sido efetivada especialmente por meio da atuação dos movimentos feminista e LGBTI. Nesse sentido, as primeiras políticas públicas brasileiras visavam o combate à epidemia do HIV/Aids no início dos anos 1990. O primeiro documento oficial brasileiro a reconhecer publicamente homossexuais na esfera da promoção dos direitos humanos é o Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH), feito em 1996³⁴⁷.

A partir da criação do Conselho Nacional de Combate à Discriminação (CNCD) em 2001 e com a elaboração do PNDH II em 2002, foram incluídas algumas ações direcionadas a pessoas LGBTI. No ano de 2003, a articulação entre as questões LGBTI e os direitos humanos recebe novos esforços com a criação da Secretaria Especial de Direitos Humanos (SEDH), que passa a ter status de ministério e incorpora o CNCD como instância de participação e controle social e com a designação de um grupo de trabalho para elaborar um plano de combate à homofobia, que deu origem ao “Brasil Sem Homofobia – Programa de Combate à Violência e à Discriminação contra GLTB e de Promoção da Cidadania Homossexual”, em seu formato interministerial³⁴⁸. No entanto, as conquistas de direitos pelo movimento LGBTI estão alinhadas a uma crescente judicialização dos conflitos vivenciados por estes sujeitos³⁴⁹, gerando decisões judiciais e administrativas

³⁴⁵ SIMÕES, J.; FACCHINI, R. Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT, cit.

³⁴⁶ BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008.

³⁴⁷ FACCHINI, R., “Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”, cit.

³⁴⁸ DANILIAUSKAS, M., “Considerações preliminares sobre as concepções e conceitos norteadores das políticas públicas de educação para a igualdade de gênero e diversidade sexual”. In: Seminário Corpo, Gênero, Sexualidade. FURG, Rio Grande, 2009.

³⁴⁹ CARDINALI, D. C., “A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências”, Belo Horizonte, 2018.

expressivas, baseadas substancialmente por entendimentos principiológicos ocasionados pela estrutura hierárquica e pela lógica da Constituição Federal, que concede aos princípios a qualidade de normas estruturais e informativas de toda a ordem jurídica³⁵⁰.

Contudo, como salienta Paulo Iotti, o Movimento LGBTI não abandonou a luta legislativa em seu percurso, que se mostra presente desde a Constituinte de 1987/1988, com projetos de lei sendo apresentados desde então. No entanto, o Congresso Nacional tem se mostrado resistente ao reconhecimento e efetivação da plena cidadania da população LGBTI no país. Essa insensibilidade legislativa levou as minorias sexuais e de gênero para o Poder Judiciário, configurando-se em um cenário de esgotamento das outras vias, como única tentativa de garantir o direito fundamental e humano à não-discriminação³⁵¹.

II. A JUDICIALIZAÇÃO DE DEMANDAS DO MOVIMENTO LGBTI

O Poder Judiciário possui uma atuação expressiva no processo legislativo e na elaboração de políticas públicas, tendo um papel decisivo na eficácia das leis, podendo restringir previamente as alternativas políticas disponíveis para o Poder Executivo e Legislativo no momento da estruturação de programas políticos. Nesse sentido, o Judiciário pode ser uma autoridade política³⁵². A partir da redemocratização brasileira, os tribunais, por suas características institucionais próprias, conceberam-se como uma arena aberta à manifestação política de interesses individuais e coletivos. Assim, os tribunais e seus juízes constroem um processo de mapeamento de demandas e aspirações sociais sobre questões coletivas, dentre elas a busca pelo reconhecimento efetivo de direitos para a população LGBTI³⁵³. A constante judicialização dessas demandas indica a valorização do Judiciário pelo Movimento LGBTI em detrimento de outras vias, o que se relaciona com os obstáculos encontrados no Legislativo para a inserção dos debates propostos pelo grupo. Assim, o Judiciário passa a ser um local propositivo e de inclusão dessas pautas, visto que os espaços políticos majoritários estão restritos a demandas que

³⁵⁰ SARLET, I. W., “A dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, 7ª Ed, Porto Alegre, 2009.

³⁵¹ Vecchiatti, P. R. I., “Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil”. 2019, pp. 157-187. LELIS, R. C.; ALMEIDA, M. F. L. (org.). Diálogos LGBTI+: avançando lutas e conjugando campos. 1. ed., Salvador: Editora Devires, 2019.

³⁵² TAYLOR, M. M., “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”. Dados&, vol.& 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

³⁵³ VILHENA, O. V. Supremocracia, Revista Direito GV,8(2), p.441-464, São Paulo, 2004.

não atendem o público LGBTI, tornando o judiciário a via política para o debate e reconhecimento de seus direitos³⁵⁴. Nesse sentido, as decisões estipuladas em tribunais e órgãos administrativos têm sido meios constantemente utilizados pela população LGBTI na promoção de direitos ainda não garantidos e efetivação de outros já existentes. Nesse sentido, os tribunais promovem interpretações que evocam princípios constitucionais e normas de direitos humanos para determinarem a existência e a necessidade de direitos a estes indivíduos³⁵⁵.

Este trabalho discorre nos próximos subtítulos sobre três decisões específicas do Supremo Tribunal Federal com efeitos expansivos na realidade de muitas pessoas LGBTI no Brasil, principalmente por ganharem ampla notoriedade na esfera pública brasileira, quais sejam: a) o julgamento em 2011 da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.277 (ADI 4.277), juntamente com a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 (ADPF 132) sobre a união estável entre pessoas do mesmo sexo; b) a decisão da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4.275 (ADI 4.275) que concedeu o direitos às pessoas transexuais e travestis de modificarem seus registros civis de acordo com suas identidades de gênero, sem a necessidade de submissão a modificações cirúrgicas ou decisões judiciais para tanto; c) e, por fim, o recente julgamento da criminalização da homotransfobia, na Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 e no Mandado de Injunção 4.733, que ainda seguem em julgamento no Supremo, mas já conta com a maioria dos votos favoráveis dos ministros.

II. O PERCURSO DA UNIÃO HOMOAFETIVA NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

As uniões homoafetivas têm como marco o momento em que suas ações passaram a ser julgadas pelas varas de família e pelas câmaras especializadas em Direito de Família, o que passou a acontecer nos anos 2000, pois até então as uniões entre pessoas do mesmo sexo tinham os juizados cíveis como competentes para julgá-las e eram tratadas como sociedades de fato, ou seja, as uniões entre pessoas do mesmo sexo eram lidas como acordos civis de conteúdo estritamente

³⁵⁴ AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTERRES, A. Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais. In: LOPES, J. S. L.; HEREDIA, B. (orgs.). Movimentos sociais e Esfera pública: o mundo da participação. Rio de Janeiro, CBAE, 2014, pp. 238-269.

³⁵⁵ RIOS, R. R. As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade se sua transformação e inovação. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em la web: « <http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/> ». [05/04/2019].

patrimonial. Essa migração foi uma iniciativa do Poder Judiciário do Estado do Rio Grande do Sul e se estendeu para os outros estados com base na interpretação de alguns princípios constitucionais. Ressalta-se ainda, o informativo 366 do STJ de 2008, que admitiu a possibilidade jurídica do pedido de reconhecimento da união estável entre pessoas do mesmo sexo³⁵⁶.

O julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132 pelo Supremo Tribunal Federal, em maio de 2011, autorizou a possibilidade da união homoafetiva no ordenamento jurídico brasileiro ao estender o regime jurídico da união estável às uniões homossexuais em todos os estados da federação brasileira. As ações se fundamentaram em princípios constitucionais e defenderam que o não reconhecimento da união entre pessoas do mesmo sexo implicaria em violação dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III), da proibição de discriminações odiosas (art. 3º, inciso IV), da igualdade (art. 5º, caput), da liberdade (art. 5º, caput), e da proteção à segurança jurídica. O STF entendeu que o art. 3º, inciso IV veda as discriminações odiosas ao afirmar o dever de: “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. O princípio da segurança jurídica foi citado ainda em ambas as ações, para conferir a possibilidade dos casais homoafetivos disporem de direitos e garantias constitucionais de forma satisfatória³⁵⁷.

A concepção de segurança jurídica fortalecida pela decisão do STF e pelos processos advindos da decisão possibilitou a exigência de que os cartórios de registro civil registrassem a declaração de união civil entre pessoas de mesmo sexo³⁵⁸. No entanto, mesmo com a autorização do registro da união estável, ainda havia questões acerca de sua conversão em casamento. Nesse sentido, surge a Resolução nº 175, de 14 de maio de 2013, aprovada durante a 169ª Sessão Plenária do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), a qual estabeleceu que os cartórios de todo o País não poderiam mais recusar-se à conversão da união civil em casamento e permitiu a celebração de casamentos civis entre pessoas do mesmo sexo³⁵⁹.

³⁵⁶ RIOS, R. R., “As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade de sua transformação e inovação”, cit.

³⁵⁷ Brasil. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Disponível em la web: «<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docIP=AC&docID=628633>». [01/04/2019].

³⁵⁸ LOPES, J. R. L. Da dissidência à diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura à Democracia. In: GREEN, J. N.; QUINALHA, R. (orgs.). In: Ditadura e Homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade. São Carlos: EdUFScar, 2014, pp. 273-299.

³⁵⁹ BRASIL, Resolução nº 175 do CNJ. Disponível em la web: «<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>». [01/04/2019].

O reconhecimento do instituto do casamento civil para pessoas de mesmo sexo enfrenta recepções sociais negativas, especialmente pelo extrato sociocultural brasileiro permeado por normatividades como o casamento católico-romano heterossexual, a necessidade de procriação, dentre outros constructos sociais que são perpetuados como princípios morais, os quais desembocam em práticas e comportamentos de negação à diversidade sexual e opressão das identidades e práticas vistas como destoantes de um padrão heterossexual³⁶⁰. No entanto, é dever do Estado afastar ações discriminatórias contra minorias de suas políticas e do Judiciário, devido ao princípio político da laicidade. Porém, mesmo diante dos progressos legislativos acerca das uniões homoafetivas, ainda persiste uma concepção sexual acerca das relações familiares que resguarda a associação entre sexualidade, conjugalidade e reprodução, com enfoque na idealização de um casal exclusivo e o mais homogêneo possível em termos raciais, classistas, religiosos, educacionais, etc., além das normas de gênero que impõem representações masculinas para homens e femininas para mulheres³⁶¹.

II. O DIREITO À RETIFICAÇÃO DE NOME E GÊNERO NOS REGISTROS CIVIS DE PESSOAS TRANS

As pessoas trans representam um grupo diversificado em identidades de gênero, sendo caracterizadas por não serem cisgêneras³⁶². Dentre as principais demandas deste grupo estão a possibilidade alteração do prenome e do sexo nos documentos de registro civil, direito às modificações corporais com a devida assistência do Sistema único de Saúde (SUS) por meio de procedimentos como a terapia hormonal, cirurgia de adequação sexual e o devido tratamento/acompanhamento psicológico³⁶³. Desde a década de 1990, a transexualidade constava na Classificação Internacional de Doenças (CID-10) da Organização Mundial de Saúde (OMS) como uma perturbação da identidade sexual, mais especificamente como transexualismo³⁶⁴. A patologização da transexualidade gera a estigmatização

³⁶⁰ LOURO, G. L. Um Corpo Estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer. Belo Horizonte, 2008.

³⁶¹ MELLO, L.; et al. Políticas Públicas para a População LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades. Cadernos Pagu (39), 403-429, Campinas, 2012.

³⁶² A cisgenridade pode ser definida como a auto-identificação de gênero correspondente ao sexo biológico.

³⁶³ CARVALHO, K. K. F., “Transexualidade e cidadania: a alteração do registro civil como fator de inclusão social?”. Revista Bioética. V.17. n. 3. 2009. pp. 463-471.

³⁶⁴ Disponível em la web : <<https://icd.who.int/en/>>. [01/04/2019].

das pessoas trans, sendo que em relação às questões de saúde, as classificações médicas de transexualidade foram consideradas um impedimento ao pleno exercício dos direitos humanos das pessoas transexuais, especialmente quando o diagnóstico restringe a capacidade legal e o acesso ao tratamento médico³⁶⁵. Contudo, a OMS lançou em junho de 2018, uma nova versão da CID-11. Atualmente, a Classificação Internacional de Doenças traz o entendimento de que a incongruência de gênero não é um transtorno mental e que classificá-la desta maneira pode causar enorme estigma para as pessoas trans. Não obstante, ainda existem necessidades significativas de cuidados de saúde com a população trans que podem ser melhor atendidas se a condição for codificada com o CID, o que justificou o fato de as identidades trans passarem a ser diagnosticadas como “incongruência de gênero”, uma condição relativa à saúde sexual e tratada como tal³⁶⁶.

O direito à modificação do nome em registros civis de pessoas trans é uma demanda expressiva no Judiciário nos últimos anos. Antes do julgamento da ADI 4.275, as decisões se baseavam no art. 58, que confere a possibilidade de substituição de nomes por apelidos públicos notórios, e no art. 55, que veda o registro de nomes que possam expor o portador ao ridículo, ambos da Lei nº 6.015/73 (Lei de Registros Públicos), para casos em que os indivíduos já vivem socialmente um gênero distinto daquele atribuído ao nascer. No entanto, ao tratar sobre a modificação do sexo nos registros civis, os tribunais limitavam o direito aos indivíduos que passaram pela cirurgia de adequação sexual. Contudo, em 2018 o Supremo Tribunal Federal julgou a ADI 4.275 e consolidou o entendimento de ser possível a alteração do nome e do gênero no assento do registro civil, mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de adequação sexual. Tal fato implicou em uma reconfiguração do cenário judicial no tratamento da questão³⁶⁷. A ADI 4.275 teve seu julgamento suspenso por um período e quando já contava com votos de cinco ministros em favor do seu provimento. Nesse meio tempo, a Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão reconhecendo o direito de pessoas trans a retificarem nome e gênero em seus registros civis sem a necessidade de passarem por intervenções cirúrgicas, por análises médicas ou até mesmo por ação judicial. Ademais, a decisão da Corte atentou para o dever dos

³⁶⁵ Bento B. A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual”, Rio de Janeiro: Garamond; 2006.

³⁶⁶ Disponível em la web: : <<https://icd.who.int/en/>>. [01/04/2019].

³⁶⁷ COSTA, R. S.; DE OLIVEIRA, S. R. Famílias homoafetivas e pluralidade: uma análise sobre o reconhecimento de direitos lgbt nos tribunais superiores brasileiros. revista de gênero, sexualidade e direiro, 2018. v. 4. p. 56-76.

Estados de reconhecerem o casamento civil entre pessoas do mesmo gênero sem a imposição de uma união civil autônoma. Trata-se da decisão na Opinião Consultiva n.º 24/17. Tal decisão surtiu efeitos na ADI 4275, visto que o STF acolheu os fundamentos da Corte Interamericana³⁶⁸. O autor Paulo Iotti Vecchiatti faz uma síntese da decisão proferida na CIDH:

...a Corte IDH afirmou que a identidade de gênero não se prova, por ser algo autopercebido pela pessoa, tema no qual a pessoa é soberana para autodefinir [na verdade, autoreconhecer/identificar, por não ser algo dependente de “escolha” ou “opção” da pessoa], de sorte que a mera declaração de vontade da pessoa transgênero deve ser suficiente para o Estado e a sociedade respeitarem sua identidade de gênero. Assim, a exigência de laudos de terceiros (profissionais da saúde etc.) viola o direito de liberdade e autonomia moral da pessoa transgênero na definição de sua identidade de gênero. Afirmou a Corte IDH que a exigência de cirurgia acaba impondo uma esterilização compulsória da pessoa para que tenha sua identidade de gênero respeitada, o que é, evidentemente, abusivo [violando, inclusive, o célebre direito de personalidade à integridade corporal de pessoas trans que não desejam realizar a cirurgia]. Bem como disse que, como se trata de tema a ser soberanamente definido segundo a autopercepção da pessoa transgênero, o procedimento administrativo (independente de ação judicial) é o que melhor se adequa ao respeito aos direitos humanos da pessoa trans³⁶⁹.

Assim, de acordo com Vecchiatti, sendo identidade de gênero algo não passível de provas e a retificação dependendo apenas da autodeclaração de vontade, não há sentido em exigir a chancela judicial, visto que o juiz seria um mero homologador da vontade da pessoa e tal fato seria incompatível com a ideologia de desjudicialização expressivamente adota no Brasil e no mundo. O autor salienta ainda que a decisão proferida no julgamento da ADI 4275 reconheceu o direito à diversidade de gênero, proporcionando a cidadania material dessas minorias de gênero no país³⁷⁰.

II. A CRIMINALIZAÇÃO DA HOMOTRANSFOBIA: o art. 20 da Lei nº 7716-89

³⁶⁸ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

³⁶⁹ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

³⁷⁰ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

A criminalização de condutas discriminatórias, discursos de ódio e violências físicas e psicológicas motivadas na orientação sexual e na identidade de gênero não se configura como uma demanda recente do Movimento LGBTI no Brasil. Quando a Constituição de 1988 estava sendo debatida e elaborada, ocorreu a possibilidade de inserção da “orientação sexual” como uma das características a serem expressamente protegidas constitucionalmente contra esferas sociais e atos discriminatórios no país. No entanto, houve resistência à sua inclusão no texto constitucional, em virtude do critério gerar interpretações vagas ou demasiadamente amplas. Contudo, é possível dizer que a orientação sexual acabou sendo incluída na parte final do art, 3º, IV da Constituição, abarcada pelo texto “outras formas de discriminação”.

Contudo, o debate sobre a criminalização da homotransfobia³⁷¹ enfrenta contextos distintos das demais decisões vistas até aqui. Ocorre que não há a possibilidade de criminalizar condutas por meio da analogia, como é feito para garantir direitos e ocorre na interpretação da Suprema Corte em casos como o julgamento da união homoafetiva. Os princípios do Direito Penal estipulam uma interpretação restrita à lei. Nesse sentido, para que ocorra a restrição de direitos, criminalização de condutas ou aumento de penas, as interpretações do juiz devem seguir limitadas ao texto legal, diferentemente dos casos de garantias de direitos, nos quais é possível um alargamento da interpretação legal³⁷². O Supremo Tribunal Federal está julgando duas ações acerca da criminalização da homotransfobia no Brasil, uma da ABGLT (MI 4733) e outra do Partido Popular Socialista (ADO 26). Dessa forma, Paulo Iotti Vecchiatti, advogado de ambas ações judiciais, entende que elas são baseadas no conceito de Constituição Dirigente do autor José Joaquim Gomes Canotilho³⁷³, levando-se em conta que a Constituição não está limitada em definir competências aos Três Poderes, “mas impõe a eles tarefas a serem cumpridas”³⁷⁴.

No julgamento do HC 82.424/RS, que versava sobre a caracterização das manifestações antissemitas enquanto atos de racismo, o Supremo Tribunal Federal tomou como razão de decidir um entendimento acerca da divisão racial da espécie humana como um fator

³⁷¹ Homotransfobia é um termo que une as expressões homofobia, que é o preconceito e/ou a discriminação contra homossexuais e bissexuais e transfobia, que é o preconceito e/ou a discriminação contra travestis, transexuais e transgêneros em geral.

³⁷² Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

³⁷³ CANOTILHO, J. J. G. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

³⁷⁴ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

produzido pelo contexto político-social, não havendo assim uma divisão biológica dos seres humanos. Portando, o STF entendeu que o crime de racismo é caracterizado por fatores sociopolíticos que estipulam a superioridade de determinados grupos sobre outros. Assim, as manifestações do racismo seriam motivadas pelas mais diversas formas de discriminação em virtude de origem étnica, religiosa, confessional, antropológica, biológica³⁷⁵.

Nesse sentido, o voto do ministro Celso de Mello no julgamento do HC 82.424/RS expressa que a inexistência de hierarquias entre os humanos, ou até mesmo de múltiplas raças humanas, não impede a caracterização de crime de racismo, decorrente justamente dos efeitos sociopolíticos irracionais trazidos pela ideia de superioridade de um grupo sobre o outro, não importando o nome dado ao critério utilizado para efeitos de discriminação, caracterizando-se condutas discriminatórias baseadas em raça, sexo, orientação sexual, religião, nacionalidade, a partir de um discurso intolerante e fundamentalista³⁷⁶.

Dessa forma, todas as vezes que diferenças étnicas, de cor, de religião, de orientação sexual, etc., forem usadas para que se estabeleçam distinções – em que um grupo aparece superprivilegiado e/ou outro fica sub-privilegiado – estaremos diante do crime de racismo. O conceito de racismo é usado, pois, a partir de parâmetros sociais e culturais para fins de controle ideológico, de dominação política e de subjugação social³⁷⁷.

Portanto, o STF adotou o conceito de racismo social, levando em conta qualquer ato que caracterize a inferioridade de alguns perante outros. Assim, ocorre a possibilidade de entendimento das condutas de homotransfobia serem tipificadas como crimes de racismo pelo art. 20 da Lei Antirracismo, o que é demandado pelas ações em análise e que foi defendido em suas procedências pela Procuradoria-Geral da República, em três pareceres, indicando a interpretação conforme a Constituição de dito dispositivo legal, para ser assim interpretado até

³⁷⁵ SILVA, D. B.; BAHIA, A. G. M. F. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias. Revista da Faculdade de Direito UFPR. Curitiba, Vol.60, n.2, 2015, pp.177-2017.

³⁷⁶ BAHIA, A. G. M. F. Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 847, 2006. p. 443-470.

³⁷⁷ SILVA, D. B.; BAHIA, A. G. M. F. Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias, cit.

que o Congresso Nacional efetive tal criminalização específica³⁷⁸. Assim, sendo o grupo LGBTI composto por pessoas com orientação sexual e/ou identidade de gênero diversas do heterossexismo, constituem um grupo “racial” vulnerável, pois há uma normatividade social que privilegia os grupos heterossexuais e cisgêneros, categorizando-os como indivíduos aceitáveis em detrimento das outras identidades, o que acarreta discriminações, violências físicas e psicológicas e condutas intolerantes em geral.

Dessa forma, de acordo com o art. 5º, XLII da CF/88, sendo este compreendido como um dispositivo de mandamento de criminalização para os Poderes Públicos em relação ao racismo, podemos destacar a adequabilidade constitucional para que o Poder Legislativo edite normas criminalizando a homofobia e a transfobia. Tal criminalização pode ocorrer, mesmo que a homotransfobia não seja propriamente um caso de racismo, visto que os atos e agressões homofóbicos e transfóbicos são ataques aos direitos e liberdades fundamentais, baseados apenas na orientação sexual e identidade de gênero do grupo LGBTI. Nesse sentido, o art. 5º, XLI da CF/88 estabelece que os Poderes Públicos devem reprimir e tutelar as liberdades fundamentais, configurando também um mandamento implícito de criminalização³⁷⁹.

As ações julgadas pelo STF não violam o princípio da separação dos poderes, pois o princípio centra-se em um sistema de freios e contrapesos, sendo interorgânico, cabendo a um Poder controlar a arbitrariedade (por ação ou omissão) dos demais e vice-versa. Assim, de acordo com a Constituição, o Supremo deve enfrentar a omissão inconstitucional do mundo jurídico, sendo essa a função da ação de declaração de inconstitucionalidade, “seja mediante interpretação conforme a Constituição do art. 20 da Lei Antirracismo, seja por exercício de função legislativa atípica”, para que, legislando, estabeleça o cumprimento da Constituição por meio da criminalização específica da homotransfobia³⁸⁰.

Portanto, a partir destas interpretações acerca dos conflitos jurídicos que circundam a ADO 26 e o MI 4733, foi dado início ao julgamento em 13 de fevereiro de 2019, sendo que em maio, após cinco sessões, seis ministros - Celso

³⁷⁸ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

³⁷⁹ VIANA, T. G. A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada? In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). Direito criminal contemporâneo. Brasília: Kiron, 2012. p. 109-132.

³⁸⁰ Vecchiatti, P. R. I. Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil, cit.

de Mello, Edson Fachin, Alexandre de Moraes, Luis Barroso, Rosa Weber e Luiz Fux - dos onze que compõem a Corte, reconheceram a mora do Legislativo em tratar do tema e que, diante desta omissão, este tipo de conduta deve ser abrangida pela Lei de Racismo (nº 7716-89)³⁸¹. Sendo assim, a criminalização da homotransfobia no Brasil já é uma realidade e dá os primeiros passos de sua estruturação institucional por meio do Judiciário, trazendo esse Poder mais uma vez à frente do debate acerca das demandas LGBTI no país.

III. O ATIVISMO JUDICIAL NO DEBATE SOBRE OS DIREITOS LGBTI

A ação política por intermédio de demandas judiciais tem se expandido cada vez mais e se tornado uma marca democrática crucial em sociedades contemporâneas. O protagonismo do Poder Judiciário se desenvolve por meio da interpretação principiológica dos textos constitucionais, ao concretizar princípios, moldando um cenário em que interpretações construtivistas são cabíveis, especialmente por parte da jurisdição constitucional³⁸². Rachel Nigro salienta a complexidade inerente à discussão sobre o chamado ativismo judicial, quando relacionado aos casos como o julgamento da união homoafetiva (ADPF 132 e ADI 4277), visto que as críticas fundadas em uma ideia de sobreposição do Poder Judiciário sobre o Legislativo e a consequente caracterização de um “Judiciário-legislador” podem alimentar uma esfera antidemocrática e de violação por omissão acerca de pleitos sociais emergentes de grupos vulneráveis como o LGBTI. A autora entende que contrariando o uso negativo da expressão ‘ativismo’, casos como o julgamento da união entre pessoas do mesmo sexo seriam um exemplo paradigmático de ‘ativismo judicial legítimo’, cuja fundamentação ideal deveria enfrentar um grande ônus argumentativo por desconsiderar o texto expresso, além de levantar as concepções morais relativas à democracia, levando-se em conta princípios democráticos que ornamentam o modelo constitucional brasileiro³⁸³. Assim, tal entendimento pode ser estendido para as demais decisões tratadas aqui (ADO 26, MI 4733 e ADI 4275).

³⁸¹ Disponible en web:<<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=411995>>> [02/04/2019]

³⁸² BARROSO, L. R. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Rio de Janeiro: (Syn)Thesis, v. 5, 2012, pp. 23-32.

³⁸³ NIGRO, R. A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional. *Direito, Estado e Sociedade* n.41. 2012. pp. 157 a 183.

O debate sobre ativismo judicial pressupõe sua diferenciação do fenômeno da judicialização, frequentemente também chamado de “judicialização da política”. Essa judicialização pode ser entendida como um efeito de uma constituição caracterizada como garantidora de direitos fundamentais, como é a Constituição Brasileira de 1988. Nesse sentido, a ideia de judicialização está relacionada à ampliação significativa de sua interpretação para o atendimento de direitos dos cidadãos brasileiros nas mais diversas questões que envolvem esferas sociopolíticas. Assim, há a apreciação pelo Judiciário de demandas que anteriormente eram discutidas pelos poderes Legislativo e Executivo³⁸⁴.

O ativismo judicial é uma “escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu alcance”. Nesse contexto, o ativismo judicial estaria presente em um cenário de retração ou omissão legislativa, levando o Judiciário a atender demandas sociopolíticas para a concretização dos valores constitucionais. Ele ocasiona uma interferência judicial nos demais poderes (Legislativo e Executivo), sendo praticado em grande parte por meio das Cortes Supremas a partir de uma interpretação ampliada do texto constitucional³⁸⁵

O objetivo em discutir o ativismo judicial presente nas decisões delineadas neste trabalho é o de perceber se a decisão sobre a união homoafetiva, sobre o direito ao nome e gênero de pessoas trans e até mesmo a recente criminalização da homofobia, são processos advindos de grande disputa política e social do grupo LGBTI. As decisões analisadas foram sedimentadas a partir de um ativismo judicial que contemplou os direitos de uma sociedade democrática para além do texto constitucional, até mesmo nos casos de afastamento do texto, por meio de analogias ou pela ampliação de deveres do Poder Judiciário em virtude da omissão legislativa.

Assim, críticas comuns a essas decisões estão em argumentos como o desrespeito a intenção do legislador expressa no texto, ou que o Judiciário estaria usurpando a função legislativa e colocando em risco a própria democracia. No entanto, tais críticas desconsideram a especificidade da corte constitucional em comparação com as demais instâncias judiciais infraconstitucionais, onde a argumentação jurídica típica deve prevalecer, além de não atentarem para a possibilidade de ampliação interpretativa acerca do texto constitucional. Portanto, nessas

³⁸⁴ LELIS, R. C. Controle de Constitucionalidade, Ativismo Judicial e Ameaças à Legitimidade Democrática: uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal. Revista do CAAP, n. 01. V. XXII, 2017. pp. 55-80.

³⁸⁵ BARROSO, L. R. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática, cit.

decisões o exercício de reconstrução interpretativa viabilizado pelo Supremo Tribunal é frequentemente acusado de extrapolar os limites da interpretação e criar direitos para além do exposto na Constituição. Contudo, esta é uma visão superficial acerca do exercício da Corte, que ao possibilitar a amplificação interpretativa na busca de atender as demandas sociais, alinha-se aos seus pressupostos funcionais, sendo o Judiciário uma plataforma de acesso aos direitos que não pode eximir-se do conteúdo político dos contextos socioculturais nos quais as demandas estão inseridas.

CONCLUSÃO

Este trabalho partiu de um delineamento histórico do Movimento LGBTI no Brasil, com ênfase para o processo de institucionalização das demandas do grupo por meio de políticas públicas e maiores diálogos com os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, que ocorreram fortemente a partir dos anos 1990, com projetos de leis e percursos judiciais que tratavam da realidade de pessoas LGBTI no país. O Supremo Tribunal decidiu nos últimos oito anos reconhecer demandas expressivas da comunidade LGBTI, alçando o Judiciário a palco político de concretização de direitos desse grupo. A união homoafetiva, o direito ao nome e gênero nos registros civis de pessoas trans e a criminalização da homotransfobia ocorreram em um contexto de grande movimentação política da causa LGBTI no Brasil e forneceram um debate crítico sobre o ativismo judicial da Suprema Corte. Contudo, a partir da reunião de perspectivas sobre ativismo judicial e judicialização nos casos citados, é possível compreender um processo de amplificação do texto constitucional na busca pela garantia da dignidade de indivíduos severamente segregados e desprovidos de direitos comuns às pessoas heterossexuais e cisgêneras.

A judicialização das demandas LGBTI configura o fato que tem permitido o reconhecimento de direitos do grupo e o ativismo perpetrado pelo Supremo Tribunal nessas decisões, caracterizando-se como a escolha decisória perante processos pautados em contextos sociopolíticos. Portanto, a experiência de judicialização das demandas LGBTI no Brasil permite a ultrapassagem de pressupostos meramente textuais e cumpre aspectos substanciais para a efetivação de uma esfera social democrática. Contudo esse trabalho não objetiva um esgotamento do debate e nem mesmo um posicionamento singular no que tange as perspectivas aqui apresentadas, mas compreendemos que em termos de defesa de ideais democráticos e cumprimento de prerrogativas constitucionais, a judicialização das demandas

LGBTI e o ativismo judicial empregado em suas decisões configuram-se como meio alternativo de garantia de direitos fundamentais para essa população em um contexto de mora e omissão legislativa perante direitos tão basilares para a dignidade humana que eram até então negados para esses indivíduos como não direito à união homoafetiva, à retificação do nome nos registros civis de pessoas trans e também a criminalização de atos discriminatórios e violentos contra pessoas LGBTI.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGUIÃO, S.; VIANNA, A.; GUTERRES, A. “Limites, espaços e estratégias de participação do movimento LGBT nas políticas governamentais”. In: LOPES, J. S. L.; HEREDIA, B. (orgs.). *Movimentos sociais e Esfera pública: o mundo da participação*, CBAE, Rio de Janeiro, 2014, pp. 238-269.

BAHIA, A. G. M. F., “Anti-Semitismo, Tolerância e Valores: anotações sobre o papel do Judiciário e a questão da intolerância a partir do voto do Ministro Celso de Mello no HC 82.424”. *Revista dos Tribunais*, v. 847, São Paulo, 2006. p. 443-470.

BARROSO, L. R., “Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática”, (Syn)Thesis, v. 5, Rio de Janeiro, 2012, pp. 23-32.

BENTO, B., “A (re)invenção do corpo: sexualidade e gênero na experiência transexual”. Garamond; Rio de Janeiro, 2006.

BRASIL, Resolução nº 175 do CNJ. Disponível em la web: «<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2504>». [01/04/2019].

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277 e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 Disponível em la web: «<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>». [01/04/2019].

BRASIL. Presidência da República. Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2008.

CANOTILHO, J. J. G., “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas”. 2. ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

CARDINALI, D. C., “A judicialização dos Direitos LGBT no STF: limites, possibilidades e consequências”, Belo Horizonte, 2018.

CARVALHO, K. K. F., “Transexualidade e cidadania: a alteração do registro civil como fator de inclusão social”, *Revista Bioética*. V.17. n. 3. 2009. pp. 463-471.

CITTADINO, G., “Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia”. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano li, N° 2 e Ano 111, N° 3.2002, pp. 135-144.

COSTA, R. S.; DE OLIVEIRA, S. R., “Famílias homoafetivas e pluralidade: uma análise sobre o reconhecimento de direitos lgbt nos tribunais superiores brasileiros”. *revista de gênero, sexualidade e direito*, 2018. v. 4. p. 56-76.

DANILIAUSKAS, M., “Considerações preliminares sobre as concepções e conceitos norteadores das políticas públicas de educação para a igualdade de gênero e diversidade sexual”. In: *Seminário Corpo, Gênero, Sexualidade*. FURG, Rio Grande, 2009.

DIAS, M. B., “A União Homossexual: Preconceito e Justiça”. Porto Alegre, 2000.

FACCHINI, R., “Entrecruzando diferenças: mulheres e (homo)sexualidades na cidade de São Paulo”. In: BENÍTEZ, M. E. D; FIGARI, C. E. (Ed.). *Prazeres dissidentes*. Rio de Janeiro: CEPESC, 2009.

FACCHINI, R., “Sopa de letrinhas? Movimento homossexual e produção de identidades coletivas nos anos 90”. Rio de Janeiro, 2005.

GREEN, J. N., “Além do carnaval: a homossexualidade no Brasil do século XX”, São Paulo, 2000.

GOHN, M. G., “Movimentos sociais na contemporaneidade”, *Revista Brasileira de Educação*, 16(47), pp. 333-361, São Paulo, 2011.

LELIS, R. C., “Controle de Constitucionalidade, Ativismo Judicial e Ameaças à Legitimidade Democrática: uma Análise Comparada entre Brasil e Portugal”, *Revista do CAAP*, n. 01. V. XXII, 2017. pp. 55-80.

LOPES, J. R. L., “Da dissidência á diferença: direitos dos homossexuais no Brasil da Ditadura á Democracia”. In: GREEN, J. N.; QUINALHA, R. (orgs.). *In: Ditadura e Homossexualidades: repressão, resistência e a busca da verdade*. EdUFScar, São Carlos, 2014, pp. 273-299.

LOURO, G. L., “Um Corpo Estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer”. Belo Horizonte, 2008.

MELLO, L.; et al., “Políticas Públicas para a População LGBT no Brasil: notas sobre alcances e possibilidades”, *Cadernos Pagu* (39), 403-429, Campinas, 2012.

NIGRO, R., “A decisão do STF sobre a união homoafetiva: uma versão pragmática da linguagem constitucional”, *Direito, Estado e Sociedade* n.41. 2012. pp. 157 a 183.

RIOS, R. R., “As Uniões Homossexuais e a “Família Homoafetiva”: o direito de família como instrumento de adaptação e conservadorismo ou a possibilidade se sua transformação e inovação”, *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 2, abr.-jun./2013. Disponível em la web: « <http://civilistica.com/as-unioes-homossexuais-e-a-familia-homoafetiva/> ». [05/04/2019].

SARLET, I. W., “A dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais”, 7ª Ed, Porto Alegre, 2009.

SILVA, D. B.; BAHIA, A. G. M. F., “Necessidade de criminalizar a homofobia no Brasil: porvir democrático e inclusão das minorias”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*. Curitiba, Vol.60, n.2, 2015, pp.177-2017.

SIMÕES, J.; FACCHINI, R., “Na trilha do arco-íris: do movimento homossexual ao LGBT”, São Paulo, 2009.

TAYLOR, M. M., “O Judiciário e as políticas públicas no Brasil”, *Dados&*, vol.& 50, n. 2, Rio de Janeiro, 2007.

TREVISAN, J.S., “Devassos No Paraíso - A Homossexualidade No Brasil, da Colônia À Atualidade”, São Paulo, 2018.

VECCHIATTI, P. R. I., “Mobilização Judicial pelos Direitos da Diversidade Sexual e de Gênero no Brasil”, 2019, pp. 157-187. LELIS, R. C.; ALMEIDA, M. F. L. (org.). *Diálogos LGBTI+: avançando lutas e conjugando campos*. 1. ed., Editora Devires, Salvador, 2019.

VIANA, T. G., “A inefetividade da Lei Caó: uma tragédia anunciada?” In: CRUZ, André Gonzalez (Org.). *Direito criminal contemporâneo*. Brasília: Kiron, 2012. p. 109-132.

VILHENA, O. V., “Supremocracia”, *Revista Direito GV*,8(2), p.441-464, São Paulo, 2004.

MERCANTILIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO NAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO PRIVADO E A CONTRAMÃO DAS MEDIDAS PROTETIVAS PARA AS PROFESSORAS

BELFORT, Simone Cortes

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal, Fluminense – PPGSD/UFF, Rio de Janeiro, Brasil, simonebelfort@globocom

CASTRO, Carla Appolinário de

Professora doutora da Universidade Federal Fluminense, Rio de Janeiro, Brasil, carlaappolinario@ig.com.br

RESUMO

A reestruturação da economia com o objetivo de um maior acúmulo de capital, passando pelas transformações ocorridas desde o Fordismo, Toyotismo, até chegarmos em uma visível flexibilização e atual precarização das relações de trabalho, dialogam com o tipo de mercantilização que vem sendo aplicada pelas instituições educacionais. Em um primeiro momento vamos desenvolver elementos dessas transformações e as consequências nas organizações educacionais, reflexos de gestões e controles do trabalho. Em um segundo momento analisaremos a possibilidade de uma maior precarização para as professoras mulheres que enfrentam um desgaste maior quando decidem pela maternidade ou mesmo quando são assediadas ou tratadas com diferença salarial, contratual. Por fim será necessário ainda trazer as medidas protetivas que fazem a contramão desse jogo capital x empregado.

Palavras-chaves: precarizações, mulheres, legislação protetiva, mercantilização, sistema educacional

RESÚMEN

La reestructuración de la economía con el objetivo de un mayor acúmulo de capital, pasando por las transformaciones ocurridas desde el Fordismo, Toyotismo, hasta llegar a una visible flexibilización y actual precarización de las relaciones de trabajo, dialogan con el tipo de gestión que viene siendo aplicada por las

instituições educativo. En un primer momento vamos a desarrollar elementos de esas transformaciones y las consecuencias en las organizaciones educativas, reflexos de gestiones y controles del trabajo. En un segundo momento analizaremos la posibilidad de una mayor precarización para las profesoras mujeres que enfrentan un desgaste mayor cuando deciden por la maternidad o incluso cuando son acosadas o tratadas con diferencia salarial, contractual. Por último, será necesario traer las medidas protectivas que hacen a contra de ese juego capital x empleado.

Palabras claves: precarización, mujeres, legislación protectora, mercantilización, sistema educativo

ABSTRACT

The restructuring of the economy with the objective of a greater accumulation of capital, through the changes that have taken place since Fordism, Toyotism, until we reach a visible flexibilization and current precariousness of labor relations, dialogue with the type of management that has been applied by the institutions education. In a first moment we will develop elements of these transformations and the consequences in the educational organizations, reflections of managements and controls of the work. In a second moment we will analyze the possibility of a greater precariousness for the female teachers who face a greater wear when they decide for the maternity or even when they are harassed or treated with wage difference, contractual. Finally, it will be necessary to bring the protective measure that counteract this capital x employee game.

Keywords: precarizations, women, protective legislation, mercantilization, educational system

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II DESENVOLVIMENTO; 1. Da Mercantilização; 2. Da Mercantilização na Educação; 3. Do Reflexo nas Mulheres; 4. Das Medidas Protetivas; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

INTRODUÇÃO

As relações de trabalho se apresentam em um momento de reconfiguração, onde a precarização se faz cada vez mais presente e a existência de novos modelos de controle do trabalho são descritos por autores como David Harvey³⁸⁶, Ricardo Antunes³⁸⁷, dentre outros.

³⁸⁶ HARVEY, D., *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 119.

³⁸⁷ Para maiores detalhes dessa reconfiguração na sociedade brasileira nos remetemos à obra coletiva Cf. NTUNES, R. (Org.), “Riqueza e miséria do trabalho no Brasil”, ed. Boitempo, São Paulo, 2006.

A existência de um aumento de trabalho contínuo, de uma intensificação e internalização de mecanismos de controles, as próprias relações de trabalho que por conta desses itens criam novas metas, muitas vezes inatingíveis, a relação de descrédito estabelecida com os alunos, bem como a falta de perspectiva de crescimento e importância nas relações trabalhistas, são fatores que se apresentam como controladores dos mecanismos de relações formalizadas.

A gestão estabelecida pelas instituições deve seguir padrões de "excelência" econômicos e administrativos e ainda se encaixarem nesse sistema capital lucro, ocasionando uma precarização das relações, de busca pela gestão de um ensino preso em um reducionismo de suas funções, limitado ao treinamento mecânico de operadores funcionais ao sistema.

Assim a apresentação do tema será feito na observação da evolução do modelo atual das relações de trabalho, do modelo atual de mercantilização das instituições de ensino, porque essas relações dialogam, em como as professoras acabam por se ver em uma situação de maior precarização, principalmente frente a decisão de maternidade, quando são dispensadas, assediadas ou mesmo tratadas com desigualdades salariais e contratuais e o contraponto entre capital x empregado, ou seja, a necessidade de medidas protetivas para que faça uma retração na busca desenfreada de obtenção de lucro, tentando minimizar esse grau de precarização. A análise principal será observar se existe a necessidade e eventual efetividade dessas legislações protetoras.

1. DA MERCANTILIZAÇÃO

Hoje podemos contar com uma diversidade de estudos que sinalizam em uma reconfiguração do regime de acumulação e organização no modo capitalista, essa mudança ocorre depois da década de 70, na década de 90, e podemos observar uma intensificação nos dias atuais. Para David Harvey³⁸⁸, o colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, fluidez e de incerteza.

Mesmo que essa reconfiguração não se dê igualmente em todas as sociedades e nos seus interiores, o que observamos é uma mudança do regime de acumulação organizado dentro dos parâmetros do fordismo, indo para um outro modelo, esse mais flexível, também chamado por Harvey³⁸⁹ de regime de acumulação flexível.

³⁸⁸ HARVEY, David. Condição pós-moderna. cit.

³⁸⁹ HARVEY, David. Condição pós-moderna. cit.

Essa crise se faz sentir mais fortemente no Brasil na década de 1990, quando há uma considerável diminuição do poder de barganha das organizações sindicais, que se pode entender em grande parte pelo aumento do exército industrial de reserva, mas também devido ao avanço da tese do " fim da história"³⁹⁰.

Quando falamos em uma reestruturação das relações de trabalho, podemos perceber que novos valores que vêm sendo agregados, podemos perceber uma mudança de paradigmas nas relações entre empregadores e "trabalhadores"³⁹¹

Pede-se aos trabalhadores que sejam ágeis, estejam abertos a mudanças a curto prazo, assumam riscos continuamente, dependam cada vez menos de leis e procedimentos formais... Essa ênfase na flexibilidade está mudando o próprio significado do trabalho, e também as palavras que empregamos para ele. "Carreira", por exemplo, significava originalmente, na língua inglesa, uma estrada para carruagens, e, como acabou sendo aplicada ao trabalho, um canal para as atividades econômicas de alguém durante a vida inteira. O capitalismo flexível bloqueou a estrada reta da carreira, desviando de repente os empregados de um tipo de trabalho para outro... A flexibilidade hoje traz de volta esse sentido arcano de *job*, na medida em que as pessoas fazem blocos, partes de trabalho, no curso de uma vida. É bastante natural que a flexibilidade cause ansiedade: as pessoas não sabem que riscos serão compensados, que caminhos seguir... Diz-se que, atacando a burocracia rígida e enfatizando o risco, a flexibilidade dá as pessoas mais liberdade para moldar suas vidas. Na verdade, a nova ordem impõe novos controles, em vez de abolir as regras do passado – mas também esses novos controles são difíceis de entender. O novo capitalismo é um sistema de poder muitas vezes ilegível. Talvez o aspecto da flexibilidade que mais confusão causa seja seu impacto sobre o caráter pessoal.... O termo caráter concentra-se sobretudo no aspecto a longo prazo de nossa experiência emocional. É expresso pela lealdade e o compromisso mútuo, pela busca de metas a longo prazo, ou pela prática de adiar a satisfação em troca de um fim futuro. Da confusão de sentimentos em que todos estamos em algum momento particular, procuramos salvar e manter alguns; esses sentimentos sustentáveis servirão a nossos caracteres. Caráter são os traços pessoais a que damos valor em nós mesmos, e pelos quais buscamos que os outros valorizem. Como decidimos o que tem valor duradouro em nós numa sociedade impaciente, que se concentra no momento imediato? Como se podem buscar metas de longo prazo numa economia dedicada ao curto prazo? Como se podem manter lealdades e compromissos mútuos em instituições que vivem se desfazendo ou sendo continuamente

³⁹⁰ ALVES, G.; CARVALHO JÚNIOR, A., "Precarização do trabalho docente e o adoecimento do professor de IES privadas", Disponível na web: <<[%https://www.academia.edu/37118365/Precariza%C3%A7%C3%A3o_do_Trabalho_Docente_e_o_Adoecimento_do_Professor_de_IES_Privadas_Arar%C3%A9_de_Carvalho_J](https://www.academia.edu/37118365/Precariza%C3%A7%C3%A3o_do_Trabalho_Docente_e_o_Adoecimento_do_Professor_de_IES_Privadas_Arar%C3%A9_de_Carvalho_J)%>>. [16-06-2019]

³⁹¹ SENNET, R., "A corrosão do caráter", Ed. Record, Rio de Janeiro, 1999, pp. 9/11.

reprojetadas? Estas as questões sobre o caráter impostas pelo novo capitalismo flexível.

Se antes tínhamos uma estrutura organizacional rígida do fordismo, agora temos uma estrutura também mais flexível reflexo dessas mudanças do mundo globalizado, os ambientes e trabalho passam a ser mais competitivos, somos todos um número que devemos alcançar metas para que possamos estar dentro dos padrões da empresa. Essa estrutura de que devemos fazer parte da empresa, que somos todos um só, colaboradores, repassa para o empregado a necessidade de produção do lucro. Esse aumento do controle do trabalho, que está intimamente ligada aos aspectos mais conhecidos e evidentes como vigilância, poder de mando, autoridade e hierarquia nas relações de trabalho³⁹².

Porém, esses são os aspetos mais evidentes que assumem o controle do trabalho nas relações estruturantes da forma trabalho na organização social capitalista já que esse controle vai muito além desses citados aspectos, envolvendo outros não tão evidentes: familiarização com a forma, organização e espaço do trabalho; concentração, disciplina e implicação no exercício do trabalho, representação e hábitos associados ao cotidiano do trabalho etc³⁹³.

³⁹² ALVIM, J.L.R. ; VIANA, J. P. ; BELFORT, S. C., “A síndrome de Bournout nos discursos médicos - jurídicos sobre a saúde no trabalho e as decisões dos tribunais: dialogando com os impactos da reconfiguração das relações de controle no ambiente de trabalho”, Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT, v. ano 3, 2015, p. 79-96.

³⁹³ “A segunda arena de dificuldade geral nas sociedades capitalistas concerne à conversão da capacidade de homens e mulheres realizarem um trabalho ativo num processo produtivo cujos frutos possam ser apropriados pelos capitalistas. Todo tipo de trabalho exige concentração, autodisciplina, familiarização com diferentes instrumentos de produção e o conhecimento das potencialidades de várias matérias-primas em termos de transformação em produtos úteis. Contudo, a produção de mercadorias em condições de trabalho assalariado põe boa parte do conhecimento, das decisões técnicas, bem como do aparelho disciplinar, fora do controle da pessoa que de fato faz o trabalho. A familiarização dos assalariados foi um processo histórico bem prolongado (e não particularmente feliz) que tem que ser renovado com a incorporação de cada nova geração de trabalhadores à força de trabalho. A disciplinação da força de trabalho para os propósitos de acumulação do capital – um processo que vou me referir, de modo geral, como <<controle do trabalho>> - é uma questão muito complicada. Ela envolve, em primeiro lugar, alguma mistura de repressão, familiarização, cooptação e cooperação, elementos que tem que ser organizados não somente no local de trabalho como na sociedade como um todo. A socialização do trabalhador nas condições de produção capitalista envolve o controle social bem amplo das capacidades físicas e mentais. A educação, o treinamento, a persuasão, a mobilização de certos sentimentos sociais (a ética do trabalho, a lealdade aos companheiros, o orgulho local ou nacional) e propensões psicológicas (a busca de identidade através do trabalho, a iniciativa social ou a solidariedade social) desempenham um papel e estão claramente presentes na formação de ideologia dominantes cultivadas pelos meios de comunicação de massa, pelas instituições religiosas e educacionais, pelos vários setores do aparelho do Estado, e afirmadas pela simples articulação de sua experiência por parte dos que fazem trabalho. Também aqui o <<modo de regulamentação>> se torna uma maneira útil de conceituar o tratamento dado aos problemas da organização da força de trabalho para propósitos de acumulação

Podemos sustentar que o modo de regulamentação³⁹⁴ próprio ao regime de acumulação flexível apresenta novas formas de controle do trabalho significativamente diferentes daquelas próprias ao modo de regulamentação do regime fordista. Podemos trazer aqui algumas características mais presentes nas formas de controle do trabalho no fordismo como (1) trabalho feito e controlado em torno da realização de uma tarefa pelo trabalhador, (2) controle feito em torno de tarefas extremamente especializadas, (3) controle materializado em torno de uma organização claramente verticalizada e hierarquizada do trabalho, (4) controle do trabalho com responsabilidade mais alta hierarquizada e descendo gradativamente com ênfase na redução da responsabilidade do trabalhador sem poder de mando e (5) ideologia organizada em torno de formas de socialização de expressão e lutas, mas também de controle do trabalho (sindicato). Tais características foram significativamente reconfiguradas para novas formas na acumulação flexível como (1) trabalho feito e controlado em torno de uma multiplicidade e fragmentação de tarefas, (2) controle feito em torno de tarefas difusas sem demarcações entre elas, (3) controle materializado de forma difusa em uma organização horizontalizada do trabalho, (4) controle do trabalho com ênfase na co-responsabilidade generalizada dos trabalhadores em qualquer nível e (5) ideologia organizada em torno do controle do trabalho de forma interiorizada e individualizada, com ênfase no *ethos* do endoempreendedorismo no trabalho³⁹⁵.

Ora, essas novas características aparecem nas instituições de ensino caracterizadas pelo aumento de alunos em salas de aula, as turmas passam a ser ensaladas, ou seja, vários períodos passam a ter uma mesma matéria ao mesmo tempo, então, temos 2, 3, 4 períodos ensalados, aumento do número de alunos em sala e

do capital em épocas e lugares particulares”. HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992, pp. 118/119.

³⁹⁴ Tomamos aqui o conceito de modo de regulamentação proposto por David Harvey: “O problema, no entanto, é fazer os comportamentos de todos os indivíduos – capitalistas, trabalhadores, funcionários públicos, financistas e todas as outras espécies de agentes político-econômicos – assumirem alguma modalidade de configuração que mantenha o regime de acumulação funcionando. Tem de haver, portanto, uma materialização do regime de acumulação, que toma a forma de normas, hábitos, leis, redes de regulamentação etc. que garantem a unidade do processo, isto é, a consistência apropriada entre comportamentos individuais e o esquema de reprodução. Esse corpo de regras e processos sociais interiorizados tem o nome *modo de regulamentação*” HARVEY, David. *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992, p. 117.

³⁹⁵ Para maiores detalhes da ideologia do empreendedorismo como forma geral presente nas sociedades capitalistas contemporâneas, nos remetemos ao trabalho de CASTRO (CASTRO, C. A., “Crítica à razão empreendedora: a função ideológica do empreendedorismo no capitalismo contemporâneo”, Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói, 2013). Dessa forma geral podemos vincular possíveis desdobramentos tal qual o endoempreendedorismo como forma de controle pela intensificação e interiorização do trabalho, que precisaremos a seguir no texto.

todos os desdobramentos desse aumento, como mais provas para corrigir, mais trabalhos para lançar, passando a ser culpa dos professores não conseguir que os alunos prestem atenção nas aulas, que os alunos não dispersem sua atenção em outras coisas dentre vários outros exemplos.

Dessa forma podemos dizer que os valores antes muito bem delineados, hoje também sofrem com um tipo flexibilização, sendo necessário se adaptar aos tempos atuais e isso se reflete nas professoras.

Gostamos muito de uma definição da doutora Carla Appolinário sobre como o empregado acaba se adaptando e também achando que precisa se submeter e se tornar esse "novo" empregado, inclusive para se manter empregado.

As principais transformações ocorridas no mundo do trabalho – decorrentes da globalização e do neoliberalismo - se manifestaram, no campo econômico, sob a forma da reestruturação produtiva, e no campo social, através da flexibilização, desregulamentação e relativização dos direitos dos trabalhadores, tendo como consequência, a precarização das condições e relações de trabalho. Tais medidas compõem um novo regime do capital, “readaptado” ao mundo globalizado e neoliberal, denominado de “acumulação flexível” e marcam a passagem do paradigma da sociedade do trabalho para a sociedade neoliberal. Esse conjunto de transformações tende a inviabilizar a manutenção do emprego e obriga o trabalhador a se sujeitar às regras impostas pelo “mercado”, sendo ideologicamente induzido a acreditar que tal reestruturação produtiva seja necessária e inevitável como forma de se manter no mercado de trabalho³⁹⁶.

2. DA MERCANTILIZAÇÃO NA EDUCAÇÃO

O ensino superior privado no Brasil está estabelecido há mais de 100 anos e hoje responde por 76% das matrículas nesse nível de ensino³⁹⁷. E como já citamos anteriormente nesse quadro de flexibilização, passamos a ter uma educação que começa também a ser tratada como bem privado, a lógica governamental de não fornecer um aumento de vagas no sistema público, fortalece a necessidade de repassar para o sistema privado essa absorção dos alunos, fazendo com que o sistema de educação fique subordinado totalmente a essa lógica.

Ora, se a empresa é de capital aberto como a maioria das instituições privadas são, elas devem responder junto ao sistema financeiro e junto aos seus

³⁹⁶ CASTRO, C. A., “Das Fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social”. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói, 2010.

³⁹⁷ ALVES, G., CARVALHO JÚNIOR, A., “Precarização do trabalho docente e o adoecimento do professor de IES privadas”,cit.

acionistas, isso significa que a possibilidade de dar prejuízo gera um efeito em cascata. Se temos uma diminuição de incentivo público, como foi o caso da redução das bolsas FIES, isso vai ser sentido na ponta pelos professores, com mais ensalamentos, ou aumento das aulas não presenciais. Seria ingenuidade não pensar em um reflexo cascata dessa mercantilização. O doutor Gilvan explicita bem o que vem acontecendo nas instituições.

[...]

Dentre as consequências que se apresentam no horizonte, está a formação de cartéis na oferta de um bem público (a educação), a inviabilização da pesquisa e da investigação acadêmica, o empobrecimento da construção do conhecimento, a redução do processo educacional ao repasse *fast food* de informações, o adestramento das mentes para uma racionalidade instrumental-estratégica, a promoção da letargia e da apatia quanto à discussão crítica dos problemas sociais nas instituições universitárias, a uniformização dos conteúdos vinculados nas instituições universitárias, num atentado e numa afronta à pluralidade metodológica e acadêmica, condição de possibilidade para a existência de um Estado Democrático de Direito.

Como isso se opera?

Isso se realiza nas instituições universitárias privadas através de elementos como:

a) Exposição, através de um aparato de marketing e mídia, de um discurso ideológico que mascara as efetivas intenções, no qual se vende para a sociedade e para os indivíduos em geral, potenciais clientes e consumidores dos “produtos” institucionais, a noção de preocupação com a qualidade do ensino (de graduação ou de pós-graduação), evidenciando a eficiência e os resultados em face de parâmetros mercadológicos. Ex: A Faculdade X possui a melhor infraestrutura de salas de aula, com ar condicionado, datashow, internet *wireless*; a Faculdade Y permite que se faça uma parte das disciplinas por EaD; a Faculdade Z tem o maior índice de recém-formados já empregados ao concluírem o curso; a Faculdade K garante os maiores resultados nos concursos para a Magistratura ou para a OAB.

b) Unilateralização da educação, com o foco no ensino e o abandono de qualquer pretensão que envolva a pesquisa. A extensão, quando ocorre, é sempre oferecida em face da venda da imagem institucional, como artifício de marketing, ou ainda como uma espécie de degustação de produto, na forma de cursos rápidos voltados para nichos de mercado.

c) A gestão da instituição universitária é pensada como uma empresa, cuja finalidade é o lucro. Sendo assim, o gestor maior (reitor ou diretor) é um gerente, cercado de subgerentes de produtos, os quais atuam com base em metas e resultados passíveis de quantificação e monetariamente traduzíveis. O “não enquadramento no perfil institucional” significa, na prática, que um gerente ou subgerente não atingiu as metas, seja na captação de novos alunos-clientes, seja na divulgação da instituição, seja na obtenção dos resultados em avaliadores institucionais (ENADE, por exemplo); por conseguinte, tais gestores estão condenados à demissão e à substituição por outros que possam dar melhores resultados. Aqueles gestores que são eficientes e

eficazes, porém, ascendem na carreira administrativa, guindados aos cargos de supervisão regional, superintendência ou até mesmo direção de unidades universitárias financeiramente mais rentáveis, com remuneração compatível à promoção.

d) Há uma preocupação constante com a customização e o aumento de rentabilidade, fatores que levam a medidas administrativo-gerenciais cada vez mais comuns, tais como o aumento dos dias letivos e diminuição da carga horária letiva diária. Já que o professor possui contrato de trabalho e remuneração ao longo dos doze meses do ano, as instituições universitárias privadas têm garantido estritamente os dias obrigatórios de férias e ampliado o número de meses letivos; além disso, reduzindo o número de horas diárias, especialmente nos cursos noturnos, no intuito de evitar o custo dos adicionais de remuneração previstos em lei (após as 22 horas, por exemplo). Outra medida observada é a manutenção de profissionais menos onerosos. As instituições têm priorizado a contratação de docentes que sejam “bons de palco” (*show man* ou *show woman*, capazes de encantar os clientes e “fidelizá-los”, ou seja, mantê-los no curso), versáteis (capazes de ministrar várias disciplinas, pois aí se diminui o número de docentes contratados e os custos operacionais advindos da legislação trabalhista) e com remuneração menor (doutores e mestres são preteridos, substituídos por especialistas e graduados, pois a remuneração prevista por acordos sindicais é menor para os últimos do que para os primeiros; existem casos de professores que concluem o mestrado ou o doutorado, mas sonegam a informação, continuam recebendo como especialistas e evitam, com isso, a demissão). Enfim, diante da omissão vergonhosa de boa parte dos órgãos governamentais responsáveis pela educação no país, há um processo crescente de depauperação da educação brasileira, especialmente nas instituições universitárias privadas, sob a égide de um modelo neoliberal de gestão³⁹⁸.

Segundo dados do INEP, até os anos 80 as ofertas nas instituições públicas e privadas eram meio a meio, entretanto nos anos 90 essas ofertas já começam a ser mais do setor privado, correspondendo a 65% e em 2011 esse percentual ainda sobe para 73% de ofertas/ matrículas. Do outro lado o setor público segue em franca decadência chegando ao percentual de 26,3% em 2011.³⁹⁹ Esses dados só vêm ratificar tudo que já apresentamos.

2. DO REFLEXO NAS MULHERES

Podemos dizer que todos os professores sofrem com essa mercantilização, mas as mulheres estão em situação diferenciada, porque em sua

³⁹⁸ HANSEN, Gilvan Luiz – Gestão Universitária: Tensões e perspectivas. – 2014. p.150.

³⁹⁹ ALVES, G., CARVALHO JÚNIOR, A., “Precarização do trabalho docente e o adoecimento do professor de IES privadas”, cit.

particularidade, elas ao optarem por engravidar, ou mesmo seguir adiante nesse projeto, são obrigadas a lidar com uma questão fisiológica. O cérebro da mulher deixa de ser liso e passa a conter ondulações que não permitem que a mulher tenha mais a memória que tinha antes desse estado gravídico.

Outro fator é que pelo aumento de hormônios gerados por conta da gravidez, a mulher sofre enjoos, aumento do sono e outros sintomas desgastantes. Mesmo ciente que gravidez não é doença, é científico e fisiológico que seu estado físico não é o mesmo de quando não está grávida.

Inúmeros exames são necessários para acompanhar a evolução de uma gravidez, isso quando a gravidez não é de risco, O que provavelmente vai fazer a mulher sair de auxílio doença. Enquanto a mulher precisa lidar com essas mudanças no campo pessoal, no ambiente de trabalho, as pessoas que estão envolvidas na sua relação laboral, acham que essa decisão da mulher não deve impactar a vida deles, ou seja, a carga horária é a mesma, a exigência de produção é a mesma, a questão das metas a serem obtidas são as mesmas, nada muda no ambiente laboral.

Além dessa questão em relação a gravidez as coisas não melhoram quando observamos o que acontece quando o filho nasce, pois um recém-nascido, requer muitos cuidados. A licença maternidade de quatro meses, ajuda muito, mas como retornar ao trabalho, principalmente quando falamos em professoras, quando existe sempre o turno da noite para que aulas sejam dadas, e onde deixar a criança de noite, já que não existe creche? Como faltar aulas para levar a criança no pediatra mesmo no primeiro ano quando ele vai recorrente vezes e esse número aumenta quando vai para creche.

Mesmo que se parta do princípio de um mundo ideal onde a mulher é amplamente ajudada pelo marido, não podemos deixar de ressaltar que é ela que amamenta e isso significa que ela acorda de 3 em 3 horas para amamentar e que ela deve amamentar exclusivamente até o neném completar 6 meses. Ou seja, podemos perceber claramente a impossibilidade de solucionarmos todos esses problemas, sem que seja necessário abrir mão da saúde do seu filho e da sua.

Se somarmos a isso a dupla jornada que a mesma já tinha por questões históricas, onde a gestão dos problemas são dela, ou os afazeres domésticos, quando não os dois, a jornada nunca mais termina, e as metas no trabalho não são modificadas, ela é tratada em uma pseudo igualdade de condições com homens.

Nós gostamos de pensar como Helena Hirata⁴⁰⁰, que nos apresenta a mulher como gênero diferenciado.

⁴⁰⁰ HIRATA, H., “Gênero, Patriarcado, Trabalho e Classe”- periódicos UFF, trabalhos necessários, v.16, n. 29, 2018.

Para o feminismo materialista o trabalho é central em sua materialidade e enquanto prática social. A divisão sexual do trabalho profissional e do trabalho doméstico subjacente à divisão sexual do poder e do saber também é central para essa corrente do feminismo materialista. Ele critica a partir de uma perspectiva de gênero a teoria marxista das classes sociais (DELPHY, 1977; HIRATA E KERGOAT, 1994) porque ela não permite apreender o lugar das mulheres na produção e na reprodução social. Delphy (1977) mostrou como a classe social das mulheres é construída em referência exclusiva aos homens (marido, pai, etc.) nos estudos de estratificação. Também Kergoat demonstrou em seus escritos como as relações de classe são sexuadas e as relações sociais de sexo são atravessadas por pontos de vista de classe – relações de sexo e relações de classe organizam, como diz Kergoat, a totalidade das práticas sociais. Não é só em casa que se é oprimida, nem só na fábrica que se é explorada. Também é necessário se referir aqui à idéia do trabalho como “atividade paradigmática” (KERGOAT) isto é, afirmar a centralidade do trabalho contra os que preconizam o “fim do trabalho” (André Gorz, Jeremy Rifkin, Claus Offe, Dominique Méda, etc.) No marxismo, as classes sempre foram tratadas como se o gênero não implicasse nenhuma heterogeneidade em sua composição (SOUZA LOBO, 2011 [1990], HIRATA e KERGOAT, 1994): “a classe operária tem dois sexos”, como consta no título do livro póstumo de Elisabeth Souza Lobo e no artigo de Hirata e Kergoat.

Sendo assim, partimos do princípio, que essa igualdade existente entre homens e mulheres é muito bonita na teoria, mas na prática impossível de ser vivenciada. No Brasil, há 60 milhões de mulheres mães, acontece que um percentual grande deixa de trabalhar porque não tem onde ou com quem deixar seu filho. Apesar do texto Constitucional estabelecer auxílio maternidade até 5 anos e a CLT estabelecer que qualquer empresa com mais de 30 mulheres deveria ter um lugar para deixar a criança, isso não é uma realidade prática.

Uma pesquisa feita pelo Instituto Locomotiva, que ouviu 1.882 pessoas, mostrou que 17% das entrevistadas que não estavam trabalhando apontavam como principal motivo a falta de estrutura para deixar os filhos. Entre os homens, contudo, esse percentual é zero.⁴⁰¹;

Um outro problema que se tem que lidar é o fato das mulheres serem mandadas embora logo após o término da licença, ou ainda serem assediadas enquanto estão no curso da maternidade, justamente por não poderem dar conta dos seus afazeres no mesmo modo quando faziam antes.

⁴⁰¹ EL PAIS, JIMÉNEZ, C., “No trabalho, o lado B da maternidade no Brasil”. 2016. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/03/politica/1480723240_189453.html>>. [15-06-2019]

um estudo ainda não divulgado, feito pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) com 247.000 mulheres entre 25 e 35 anos, apontou que metade das que tiveram filhos perderam o emprego até dois anos depois da licença-maternidade. No segundo mês após o retorno ao trabalho, a probabilidade de demissão chega a 10%, de acordo com dados antecipados pelo jornal *O Globo*. Um número impactante, especialmente quando se leva em consideração a insegurança emocional que muitas mulheres vivenciam em relação ao trabalho quando engravidam⁴⁰².

Outro dado que podemos utilizar é o quanto o número de processos na justiça do trabalho aumentou antes da entrada em vigor da reforma, em um claro indicativo discriminação às gestantes.

O número de gestantes com processos trabalhistas (que vão de demissão a assédio moral, por exemplo) também tem aumentado no país. Segundo o Tribunal Superior do Trabalho, a quantidade de novos processos envolvendo rescisão de contrato de trabalho de gestantes subiu 23,3% entre 2014 e 2016 (de 20.821 para 25.072). No Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 2ª Região (São Paulo), esse acréscimo foi de 92,6% no mesmo período. Em 2016, o sistema registrou 4.819 novos casos, ante os 2.502 casos de 2014. A alta segue a tendência dos processos relacionados a demissão no tribunal, impulsionados por conta da crise financeira⁴⁰³.

Com esses dados podemos observar que as mulheres tem passado por restrições no mercado de trabalho, e de acordo com a professora Letícia de Oliveira, professora do Instituto Biomédico da UFF e coordenadora do grupo Mulheres da Ciência. Mais um dado chama atenção no mercado de professoras,

— Somos poucas no topo da carreira e em posições de destaque e prestígio científico. Na Academia Brasileira de Ciências, por exemplo, há apenas 14% de mulheres. E este é um fenômeno mundial, apenas 5% de mulheres já ganharam o prêmio Nobel desde 1901. Estudos mostram que pode demorar até 200 anos para que tenhamos uma igualdade (...) Letícia aponta que não há qualquer hipótese biológica ou evolutiva que explique a pequena participação das mulheres em posição de liderança e nas áreas de exatas e tecnológicas — nas quais a diferença é grande até na graduação⁴⁰⁴.

4. DAS MEDIDAS PROTETIVAS

⁴⁰² EL PAIS, BEDINELLI, T. Demissão após a maternidade: “Não cometi nenhum erro. Eu só gerei uma vida”. 2017. Disponível em <<https://brasilelpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html>>. [15-06-2019]

⁴⁰³ EL PAIS, BEDINELLI, TALITA. Demissão após a maternidade: “Não cometi nenhum erro. Eu só gerei uma vida”. cit.

⁴⁰⁴ OGLOBO, ALFANO, B., “Concurso da UFF é o primeiro do país a dar pontos extras para professoras com filhos”. 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/concurso-da-uff-o-primeiro-do-pais-dar-pontos-extras-para-professoras-com-filhos-23487915>. [15-06-2019]

O Programa Institucional de bolsas de Iniciação Científica (Pibic) de 2019 que seleciona alunos de graduação para ganhar bolsa, abriu no edital a possibilidade de aumentar a pontuação (terão um acréscimo de 5 pontos limitados a pontuação máxima) para mulheres que ficaram tiveram filhos nos últimos dois anos. A Universidade Federal Fluminense (UFF) foi a primeira Universidade do país a tentar equilibrar a desigualdade existente homens e mulheres recém mães para a produção acadêmica.

Existem pesquisas que indicam uma queda na produção acadêmica de mães com crianças pequenas, esse impacto é sentido até 4 anos após o nascimento da criança. Essa pontuação é uma forma de tentar reduzir diferenças encontradas nos currículos nesse período de licença maternidade.

Outro ponto que deve ser destacado é que esse edital previu o aumento de pontuação também para pais que adotam e, casais homoafetivos que tiram licença para cuidar dos filhos.

A PEC (Proposta de Emenda Constitucional) 1 de 2018, aumenta a licença maternidade de 120 dias para 180 dias e a licença paternidade de 5 para 20 dias, hoje a empregada tem como estender sua licença de 120 dias apenas se a empresa fizer parte do programa empresa cidadã, e este aumento fica por conta do empregador que tem descontos fiscais. Essa PEC vai trazer todo o prazo para a previdência, ficando então os 180 dias obrigatório para todas as licenças maternidades independentes do programa empresa cidadã. Atualmente a PEC está na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (Secretaria de Apoio à Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania).

Algumas outras empresas também dão mais tempo de licença maternidade, mas nenhuma no rol de Universidades. Podemos citar a Netflix que concede até um ano de licença tanto maternidade como paternidade, Unilever e Microsoft, que são respectivamente 6 e 5 meses de maternidade e aumento na licença paternidade também.

A legislação que existe estabelece 120 dias de licença maternidade obrigatórias para a mulher, e estabilidade da concepção, confirmação da gravidez até 5 meses após o parto, entretanto nenhuma outra legislação oferta proteção contra as diferenças que existem nas situações praticas vivenciadas pelas melhores professoras mães. Elas acabam sobrevivendo do jeito que é possível e enfrentando essas diferenças também do jeito que é possível.

CONCLUSÃO

Tudo que trouxemos demonstra a fragilidade do sistema educacional, sua mercantilização, onde as relações estão cada vez mais frágeis, flexíveis e isso deveria servir para refletir qual seria o papel da universidade, qual o papel da educação, e como conciliar essa necessidade de estar em uma empresa comercial e fazer um trabalho de pesquisa e fornecer mecanismos para que o aluno consiga se tornar um ser crítico.

Para piorar os dados indicam que as mulheres sofrem com a necessidade de serem iguais em produção, quando não são iguais em questões pessoais, como além de equilibrar as questões mercantis, equilibrar uma situação de desigualdade tão latente.

Acreditamos que infelizmente se faz necessário uma maior intervenção estatal, pois, quando não se consegue que as pessoas envolvidas nesse sistema percebam por bem as diferenças existentes e ao menos tenham empatia, se faz necessário ser imposto uma forma de atuar diferenciada. Afinal estamos lidando com empresas que tem suas regras ditadas pela economia de mercado e um outro lado uma clara invisibilidade de uma desigualdade estrutural. Sendo assim mais medidas protetivas precisam ser elaboradas, para que nesses próximos 200 anos as mulheres possam efetivamente serem consideradas iguais aos homens e possam produzir em pé de igualdade, não só pela maternidade, mas também pela ainda existência de afazeres femininos, quando todos os afazeres foram masculinos também estaremos chegando na tão sonhada igualdade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVES, G.; CARVALHO JÚNIOR, A., "Precarização do trabalho docente e o adoecimento do professor de IES privadas", Disponível na web:

<<https://www.academia.edu/37118365/Precariza%C3%A7%C3%A3o_do_Trabalho_Docente_e_o_Adoecimento_do_Professor_de_IES_Privadas_Arar%C3%A9_de_Carvalho_J%C3%BAnior1>>. [16-06-2019]

ALVIM, J.L.R. ; VIANA, J. P. ; BELFORT, S. C., "A síndrome de Bournout nos discursos médicos - jurídicos sobre a saúde no trabalho e as decisões dos tribunais: dialogando com os impactos da reconfiguração das relações de controle no ambiente de trabalho", Revista da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT, v. ano 3, 2015, p. 79-96.

ANTUNES, R., "Adeus ao trabalho?", Ed. Cortez, São Paulo, 1998.

ANTUNES, R. (Org.), "Riqueza e miséria do trabalho no Brasil", ed. Boitempo, São Paulo, 2006.

CASTRO, C. A., “Crítica à razão empreendedora: a função ideológica do empreendedorismo no capitalismo contemporâneo”, Tese de Doutorado, Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói, 2013.

CASTRO, C. A., “Das Fábricas aos cárceres: mundo do trabalho em mutação e exclusão social”. Dissertação de mestrado. Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense (PPGSD/UFF), Niterói 2010.

EL PAIS, BEDINELLI, T. Demissão após a maternidade: “Não cometi nenhum erro. Eu só gerei uma vida”. 2017. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/brasil/2017/08/14/politica/1502721247_786237.html>>. [15-06-2019]

EL PAIS, JIMÉNEZ, C., “No trabalho, o lado B da maternidade no Brasil”. 2016. Disponível em <<https://brasil.elpais.com/brasil/2016/12/03/politica/1480723240_189453.html>>. [15-06-2019]

HANSEN, G. L., “Gestão Universitária: Tensões e perspectivas”, 2014

HARVEY, D., *Condição pós-moderna*. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

HIRATA, H., “Gênero, Patriarcado, Trabalho e Classe”- periódicos UFF, *trabalhos necessários*, v.16, n. 29, 2018.

OGLOBO, ALFANO, B., “Concurso da UFF é o primeiro do país a dar pontos extras para professoras com filhos”. 2019. Disponível em <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/concurso-da-uff-o-primeiro-do-pais-dar-pontos-extras-para-professoras-com-filhos-23487915>. [15-06-2019]

SENNET, R., “A corrosão do caráter”, Ed. Record, Rio de Janeiro, 1999.

MEIOS DE COMUNICAÇÃO, SEU PAPEL DEMOCRÁTICO E O DIREITO ACHADO NA RUA

ALÔ, Bernard Reis

Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade
Federal Fluminense, bernard.reis.alo@gmail.com

GENÚ, Juliane Mendes

Pós-graduanda em Direito Processual pela
Universidade Pontifícia Católica de Minas Gerais,
julianemendesgenu@gmail.com

SERRÃO, Adriana

Pós-graduada em Direito Administrativo pela
Universidade Cândido Mendes,
adrianabserrao@gmail.com

RESUMO

O artigo pretende fazer um paralelo entre o Direito Achado na Rua e os meios de comunicação social, destacando-se, para tanto, o espaço público como uma das fontes de informações e, conseqüentemente, (re) conhecimento dos direitos. Para isso pretende-se analisar conceitos interconectados ao debate, tais como: democracia, ética, informação, sensacionalismo, indústria cultural e sociedade do espetáculo. A partir daí explorar-se-á a concepção de que a opinião pública construída pela mídia afeta e influencia o Direito que emerge dos espaços públicos, através de sociabilidades reinventadas, incluindo-se novos sujeitos para uma cultura de cidadania e participação democrática. As opiniões públicas construída pela mídia apontam sugestões de mudanças com alteração de valores sociais, culturais e políticos, sugerindo-se a institucionalização jurídica de determinadas práticas cotidianas.

Palavras-chaves: Direito Achado na Rua; relações sociais; democracia.

RESÚMEN

El artículo pretende hacer un paralelo entre el derecho hallado en la calle y los medios de comunicación social, destacándose para tanto el espacio público como una de las fuentes de información y, conseqüentemente, (re) conocimiento de los derechos. Para ello se pretende analizar conceptos interconectados al debate, tales como: democracia, ética, información, sensacionalismo, industria cultural y

sociedad del espectáculo. A partir de ahí se explorará la concepción de que la opinión pública construida por los medios afecta e influye en el Derecho que emerge de los espacios públicos, a través de sociabilidades reinventadas, incluyendo nuevos sujetos para una cultura de ciudadanía y participación democrática. La opinión pública construida por los medios apunta a sugerencias de cambios con cambios de valores sociales, culturales y políticos, sugiriéndose la institucionalización jurídica de ciertas prácticas cotidianas.

Palabra-clave: Derecho Encontrado en la calle; relaciones sociales; democracia.

ABSTRACT

The article intends to make a parallel between the Law Found on the Street and the media, highlighting, for this, the public space as one of the sources of information and, consequently, (re-) knowledge of the rights. For this purpose we intend to analyze concepts interconnected to the debate, such as: democracy, ethics, information, sensationalism, cultural industry and society of the spectacle. From that point on, we will explore the conception that public opinion constructed by the media affects and influences Law that emerges from public spaces, through reinvented sociabilities, including new subjects for a culture of citizenship and democratic participation. The public opinion built by the media point to suggestions of changes with changes in social, cultural and political values, suggesting the legal institutionalization of certain daily practices.

Key-words: Right Found on the Street; social relationships; democracy.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DIREITOS CORRELATOS; III. MECANISMOS DE COMUNICAÇÃO E O RE (CONHECIMENTO) DE DIREITOS; IV. OPINIÃO PÚBLICA CONSTRUÍDA PELA MÍDIA E A INFLUENCIA DO DIREITO QUE EMERGE NOS ESPAÇOS PÚBLICOS; V. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

A interação entre o espaço público e os meios de comunicação desenvolve uma relação dialética em que os espaços midiáticos assentam-se como local de criação e reconhecimento de direitos advindos das opiniões veiculadas.

Os mecanismos cognitivos dos meios de comunicação operam na construção da identidade, do saber político e de todas as percepções. É impossível pensar a vida fora das relações e influências da mídia. A centralidade dos meios de comunicação em todos os processos humanos afeta intensamente o dia a dia e

rotina de todos ao seu entorno. Portanto, a mídia não é apenas portadora de informação, mas possui um papel central na sociedade como introdutora e formadora de opinião pública.

Pensar a imprensa do ponto de vista da cultura não significa compreendê-la apartada dos interesses comerciais e mercadológicos e sequer abandonar a análise crítica. No entanto, não se pode esquecer que apesar de ser detentora de poder político, também possui parcela oficial de responsabilidade pública pela democracia.

O papel desempenhado pela mídia, em suas mais diversas esferas de atuação, é, em tempos de globalização, elemento fundamental para a compreensão da sociedade e seu processo político fundamental. A evolução da democracia, ao longo dos tempos, é fruto reflexivo da soma de inúmeros atores sociais, mencionando a título de exemplo, o acesso a conteúdo e noções sobre os direitos fundamentais.

A luta pela idealização do Estado Democrático é constante, vez que é dever/função do Poder Público assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, dentre os quais, cita-se, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a própria justiça. A comunicação social concretiza uma nova forma de participação popular, reforçando os ideais democráticos e configurando ferramenta de defesa aos direitos e garantias de todos os indivíduos.

Com isso, surge-se o direito Achado na Rua⁴⁰⁵, direito este proveniente do espaço público, através dos direitos humanos fundamentais, é um mecanismo social que fomenta o entendimento de direitos por meio dos espaços sociais, para que os conhecendo, possa buscar a concretização da justiça. Mostrando-se, portanto, contrário ao positivismo, a imposição de normas, a dominação, as diferenças sociais. Assim, o direito exterioriza da visão que a sociedade passa a ter e não se esgota na enunciação normativa que o Estado produz.

II. DIREITOS CORRELATOS

Ao iniciar o presente trabalho, torna-se imprescindível, mesmo que de forma breve, elucidar sobre alguns direitos correlatos ao tema central, tais como: democracia, ética, informação, sensacionalismo, indústria cultural e sociedade do espetáculo.

⁴⁰⁵ SOUSA JUNIOR, J. G., “Direito como liberdade: O Direito Achado na Rua” 2008. 338f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

Primeiro, a democracia. A etimologia da palavra tem origem no grego *demokratía* que é composta por *demos* (povo) e *kratos* (poder). No dicionário podem-se vislumbrar as diversas variáveis que a democracia pode representar, sempre com o objetivo central de promover a igualdade e liberdade do povo, conforme dicionário Michaelis *online*⁴⁰⁶:

de·mo·cra·ci·a

sf

POLÍT

1 Forma de governo em que a soberania é exercida pelo povo: “Queremos a paz com liberdade, a lei com legitimidade, a democracia não como uma palavra, mas como um processo de ascensão do povo ao poder” (CA).

2 Sistema de governo em que cada cidadão tem sua participação.

3 Sistema político dedicado aos interesses do povo.

4 Forma de governo que tem o compromisso de promover a igualdade entre os cidadãos.

5 Sistema político influenciado pela vontade popular e que tem por obrigação distribuir o poder equitativamente entre os cidadãos, assim como controlar a autoridade de seus representantes.

6 Sistema de governo caracterizado pela liberdade do ato eleitoral.

7 Governo que respeita a decisão da maioria da população, assim como a livre expressão da minoria.

8 País cujo sistema de governo é democrático.

9 FIG Ideal comprometido com os interesses democráticos

Na Constituição de 1988, em seu artigo 1º, é clara ao afirmar que a nova ordem vigente é pautada no Estado Democrático de direito possuindo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político e, por fim, que todo poder emana do povo. Neste sistema político, a “soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos, e, nos termos da lei, mediante plebiscito; referendo e iniciativa popular”, conforme Constituição da República, artigo 14.

Deste modo, assimila-se que a democracia é uma espécie de regime de governo em que o poder emana do povo, dos cidadãos daquele Estado, protegendo a liberdade humana relacionado aos direitos individuais e das minorias sociais. Como mencionado, as principais funções da democracia é a proteção dos direitos fundamentais, como as liberdades de expressão, de religião, direito de ir e vir, e as oportunidades de participação na vida política, econômica, e cultural da

⁴⁰⁶ Michaelis disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/democrACIA/>

sociedade, dentre outros direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição da República, artigo 5º.

A ética, por sua vez, é proveniente do grego “ethikós” definida como a ciência da moral, sendo difundida pelos filósofos como Demócrito e Aristóteles. Para Saenz⁴⁰⁷ ética “el contrario, la reflexión filosófica sobre las moralidades, que pretende depurarlos, racionalizarlas, transformarlas en un código válido para cualquier hombre. La “moral” pertenece al reino de las normas y de las motivaciones; la “ética” al reino del pensamiento. De igual modo que la historia no estudia la historia sino el pasado, la ética no estudia la ética sino las moralidades, con objetivo de construir una moral racional y universal”. Já moral Saenz define que é o “termino genérico que designa el conjunto de las moralidades históricas, o bien y esto es lo más apropiado- aquellos elementos de las moralidades que-se supone- resultan justificados a la luz de la razón”.

Significa isto dizer que ética possui três dimensões, quais sejam, comportamento moral, Vazquez⁴⁰⁸ explica que a “teoria que pretende explicar a natureza, fundamentos e condições da moral, relacionando-a com necessidades sociais dos homens”; categoria filosófica associada à convivência a moral humana e, por último, a visão de Max Weber como ética social ou de responsabilidade sobre agir consciente daquele que sabe das conseqüências de suas escolhas⁴⁰⁹.

A ética, assim, tem por propósito manter a ordem sócia por meio dos valores e princípios morais de determinada sociedade.

A informação é o conjunto de dados e conhecimento sobre determinado fato ou reunião, nas mais diversas formas e dimensões⁴¹⁰.

Já o sensacionalismo, para Márcia Franz Amaral⁴¹¹ “em geral, o sensacionalismo é um conceito de múltiplos usos, seguidamente associado a uma concepção limitada da imprensa e a uma noção elitista da cultura. Em algumas situações, é usado a partir de uma idéia unívoca do jornalismo. Ora se torna demasiadamente aberto para se constituir numa categoria analítica adequada, ora parece ser estreito para dar conta de outras dimensões do fenômeno, configurando-se num conceito de baixa densidade explicativa”.

⁴⁰⁷ SAENZ, J. M., “Introducción a Algunos problemas da História de la Ética”, 1998.

⁴⁰⁸ VAZQUEZ, A. S., “Ética”, Trad. João Dell’Anna, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1993.

⁴⁰⁹ MELO, Osvaldo Ferreira de Melo. Ética e Direito. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=251

⁴¹⁰ SOUSA JUNIOR, J. G. et al., “Introdução crítica ao direito à comunicação e à informação”, FACUnB, Brasília, 2016.

⁴¹¹ AMARAL, M. F., “Sensacionalismo: inoperância explicativa”. Porto Alegre, 2003, p. 133-146, Disponível em:

<<http://www.brapci.inf.br/_repositorio/2010/04/pdf_38a6b14395_0009787.pdf>>, p. 133

Para *Ciro Marcondes Filho*, o jornalismo sensacionalista, isto é, o sensacionalismo de determinada matéria difundida na sociedade advém da intensidade das emoções e do sentimentalismo. O Autor afirma que “no fundo a imprensa sensacional trabalha com as emoções, da mesma forma que os regimes totalitários trabalham com o fanatismo, também de natureza puramente emocional”⁴¹². Afirma ainda que “[...] o grau mais radical de mercantilização da informação: tudo o que se vende é aparência e, na verdade vende-se aquilo que a informação interna não irá desenvolver melhor do que a manchete.”

O sensacionalismo encontra-se inteiramente conectada ao conceito de indústria cultural e sociedade do espetáculo.

Nos séculos XIX e XX que o conceito de indústria cultural surgiu, o qual foi desenvolvido por *Theodor Adorno* e *Max Horkheimer*, a expressão se refere à adaptação da produção em massa relacionada ao mundo das artes⁴¹³.

Tudo se deu em razão do surgimento do capitalismo, a uma vez que as produções artísticas eram divulgadas por meio de rádio, programas de televisão, jornais e boletins diários. Com o avanço tecnológico, as formas de comunicação da própria sociedade se tornaram mais ágeis, permitindo uma disseminação rápida e eficaz. Com isso, os meios de comunicação sustentaram a propagação da produção em massa, gerando o desejo de consumo na população e, novamente, trazendo mais renda para o sistema. Nesse sentido, os avanços tecnológicos da comunicação facilitam essa intervenção conferindo amplitude assustadora aos meios de comunicação de massa⁴¹⁴.

Atualmente, o cenário do Brasil, assim como em outros países, encontra-se em constante mudança, tanto econômica quanto política e social. Justamente por isso, quando se aborda a questão da indústria cultural, é inevitável associá-la a situação política do país. A título de exemplo, a eleições presidenciais em outubro de 2018, como houve intensificação das mídias sociais no papel de disseminar informações e opiniões sobre o político A, B ou C, modificando e alterando dados sobre as pessoas, causando, contudo, debate político acalorado na sociedade. Com tantas informações propagadas sobre as falsas notícias, denominadas como “fake news”, o conceito de cultura de massa e indústria cultural serve muito bem para compreender como a disseminação da comunicação pode ser prejudicial para uma sociedade, como *Adorno* havia teorizado.

⁴¹² MARCONDES FILHO, C., “O Capital da Notícia: jornalismo como produção social de segunda natureza”, 2ª ed., Ática, São Paulo, 1989, p. 90

⁴¹³ ADORNO, T.W. e HORKHEIMER, M. “Dialética do Esclarecimento”, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1985.

⁴¹⁴ ADORNO, T.W. “Palavras e sinais – modelos críticos 2”, Editora Vozes, Petrópolis, 1995.

Debord funda o conceito de sociedade do espetáculo, revelando uma sociedade contemporânea pautada pelo consumo de imagens, cada vez mais dependente das informações obtidas nos meios de comunicação, como dependente da indústria capitalista. A Autor afirma que “o espetáculo é ao mesmo tempo parte da sociedade, a própria sociedade e seu instrumento de unificação. Enquanto parte da sociedade, o espetáculo concentra todo o olhar e toda a consciência. Por ser algo separado, ele é o foco do olhar iludido e da falsa consciência; a unificação que realiza não é outra coisa senão a linguagem oficial da separação generalizada⁴¹⁵.”

Quer dizer que a sociedade sempre estará produzindo alienação, e quando o ser humano estiver mais conectado as mercadorias e a produção industrial estará distante da sua vida, vontade e expectativas próprias.

Por fim, brilhantemente Debord⁴¹⁶ arremeta o raciocínio sobre a sociedade do espetáculo, pontuando que “o espetáculo é uma permanente guerra do ópio para confundir bem com mercadoria; satisfação com sobrevivência, regulando tudo segundo as suas próprias leis. Se o consumo da sobrevivência é algo que deve crescer sempre, é porque a privação nunca deve ser contida. E se ele não é contido, nem estancado, é porque ele não está para além da privação, é a própria privação enriquecida.

III. MECANISMOS DE COMUNICAÇÃO E O RE (CONHECIMENTO) DE DIREITOS

A interação entre público e meios de comunicação constitui uma relação de diálogo em que os espaços midiáticos servem como local de criação e reconhecimento de direitos advindos das opiniões veiculadas.

Os mecanismos de conhecimento existentes conduzem os diversos setores da sociedade. A mídia não é apenas portadora de informação, ela exerce papel central na sociedade como formadora de opinião pública. Os meios de comunicação e seus enquadramentos da realidade, a forma como a informação é selecionada, editada e até suprimida, têm o poder de forjar a convicção de milhares de pessoas sobre temas sensíveis como ciência, cultura e, principalmente, política.

⁴¹⁵ DEBORD, G., “A sociedade do espetáculo”, trad. Estela do Santos Abreu, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997, p. 14

⁴¹⁶ DEBORD, G., “A sociedade do espetáculo”, trad. Estela do Santos Abreu, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997, p. 34

Assim, a partir do fluxo ou ocultamento de informações, os meios de comunicação conseguem interferir nas crises institucionais ou até mesmo provocá-las.

Os meios de comunicação integram a memória semântica “que serve para atribuir significados a um mundo complexo, sem sobrecarregar intelectualmente o indivíduo com a necessidade de comprovação, evidência e demonstração do processo de julgamento”⁴¹⁷. Para Porto⁴¹⁸, os meios de comunicação de massa não são condutores neutros de informação, mas instituições que dão significado e interpretam eventos e temas políticos. As diversas formas de cultura do espetáculo e de sociedade, quais sejam, os tradicionais jornais impressos, rádio, televisão e os relativamente novos *Facebook*, *Instagram*, e *Twitter*, podem conter outras formas de poder nessa relação entre comunicação e suas conexões midiáticas.

Segundo a tese de Timothy Cook⁴¹⁹, os meios de comunicação são uma instituição política tão fundamental quanto os três poderes constitucionais. Na medida em que a democracia é um sistema sob o qual os mandatários têm não apenas o direito, mas principalmente o dever de comunicar, explicar e justificar suas atitudes, escolhas, decisões e ações. O autor abriu a caixa de pandora e desafiou o tabu da imparcialidade na constituição da imagem profissional dos jornalistas como agentes neutros e despolitizados a serviço da informação isenta, demonstrando uma articulação de interesses entre as fontes, os repórteres e as empresas de comunicação. As autoridades definem o que é importante, e os jornalistas o que é interessante.

Nesse sentido, o que se entende por opinião pública, no final das contas é a voz das ruas distorcida pela ótica penetrante e parcial dos grupos de interesse e dos formadores de opinião.

Adorno define a indústria cultural como a responsável pela inclusão das artes no sistema planejado e estruturado de mercantilização da cultura, além de colocá-la como manipuladora das massas para contemplação passiva. Para ele, a indústria cultural promove uma fusão da cultura erudita e popular, esvaziando as relações contraditórias entre elas e tornando-as produtos de consumo. Ela molda a opinião pública de acordo com os interesses privados que precisam de uma aceitação dos consumidores para poder continuar sua exploração econômica cujo objetivo é a produção de lucros. Os avanços tecnológicos da comunicação facilitam

⁴¹⁷ ALDÉ, A.; DIAS, H., “Intervalo surpresa: spots eleitorais na campanha municipal de 1996”, *Comunicação e Política*, v.5, n.1, Rio de Janeiro, jan.-abr. 1998, p. 3

⁴¹⁸ PORTO, M., “Interpretando o mundo da política: perspectivas teóricas no estudo da relação entre psicologia, poder e televisão”, XXIII ANPOCS, Caxambu (MG), Brasil, outubro de 1999.

⁴¹⁹ COOK, T. E., “Governing with the News: The News Media as a Political Institution”. The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

essa intervenção conferindo amplitude assustadora aos meios de comunicação de massa.

Debord, por seu turno, funda o conceito de sociedade do espetáculo, revelando uma sociedade contemporânea pautada pelo consumo de imagens. O seu argumento consiste no fato de que na sociedade do espetáculo a representação imagética está separada da experiência real, concreta, que foi esvaziada de sentido:

Toda a vida das sociedades nas quais reinam as modernas condições de produção se apresenta como uma imensa acumulação de espetáculos. Tudo o que era vivido diretamente tornou-se uma representação. As imagens que se destacaram de cada aspecto da vida fundem-se em um fluxo comum, no qual a unidade dessa mesma vida já não pode ser restabelecida.⁴²⁰

Enquanto formadora de opinião que é, a mídia presta serviço de ordem social, público e essencial a sociedade, difundindo conhecimento e tornando o inatingível, muitas vezes, atingível. Em função disso, sua essencialidade se revela vez que atua como elemento dirimente das desigualdades.

Aproximando e difundindo informações vertical e horizontalmente, a comunicação contemporânea atua como aliada na busca pela democracia, cidadania e justiça, tendo em vista que fortalece a participação popular como forma de garantia de direitos, fazendo com que haja aproximação entre o cidadão e a realidade governamental.

A mídia, nesse sentido, tem sido utilizada como uma ferramenta amparadora das pretensões populares, promovendo inserção social e combatendo as desigualdades. Ela contribui na formação e construção da democracia cidadania e justiça, uma vez que propicia o exercício desses ideais aliados a sempre necessária e fundamental participação popular.

Como verdadeira aliada na busca pela democracia, cidadania e justiça, fortalece a participação popular como forma de garantia de direitos, fazendo com que haja aproximação do cidadão à realidade governamental. Dessa forma, mediante a divulgação do desconforto social para com os representantes democráticos, tem-se obtido, com a ajuda da mídia, significativas modificações no campo jurídico-legal e político-social.

A busca incessante pela idealização do Estado Democrático reforça o poder da comunicação social, haja vista que concretiza um novo modelo de participação da população. A democracia é uma teia construída dia após dia, governo após governo, que se aperfeiçoa pela participação popular que:

⁴²⁰ DEBORD, G., “A sociedade do espetáculo”, trad. Estela do Santos Abreu, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997, p. 13.

Não quebra o monopólio estatal da produção do Direito, mas obriga o Estado a elaborar o direito de forma emparceirada com os particulares (individual ou coletivamente). E é justamente esse modo emparceirado de trabalhar o fenômeno jurídico, no plano de sua criação, que se pode entender a locução ‘Estado Democrático’ (figurante no preâmbulo da Carta de Outubro) como sinônimo perfeito de ‘Estado Participativo’.⁴²¹

E desse caldeirão, desponta o Direito Achado na Rua.

IV. OPINIÃO PÚBLICA CONSTRUÍDA PELA MÍDIA E A INFLUENCIA DO DIREITO QUE EMERGE NOS ESPAÇOS PÚBLICOS

A opinião pública pode ser compreendida como a participação do povo na criação, modificação e controle de determinado segmento da sociedade.

A evolução histórica da opinião pública emergiu a sociedade juntamente com as outras técnicas de comunicação social. A independência de uma opinião pública deu início a Revolução Industrial, começo do século XVII, diante das crises políticas, crises sociais, o surgimento do mercado, a dissociação do poder estatal do poder clerical (Estado e Igreja Católica Apostólica Romana), o êxodo rural, dentre outros marcos históricos, traduziu em curto lapso temporal uma modificação na natureza das organizações coletivas.

De acordo com SENA⁴²², as primeiras teorias sobre a opinião pública surgiram durante o século XVIII, período nos quais diversos cientistas políticos, historiadores e sociólogos utilizaram à expressão para fundamentar e explicar certas atitudes, porque ao nível individual a opinião confundia-se com a atitude das pessoas, de modo geral.

Para Habermas, a opinião pública resultaria de uma espécie de fórum onde teriam espaço às discussões sobre temas de interesse coletivo, atuando como uma mediadora entre os interesses dos cidadãos e as decisões estatais. Assim, essas opiniões seriam capazes de influenciar as decisões dos atores políticos⁴²³⁴²⁴. Com o advento dos meios de comunicação em massa, o autor, entretanto, anunciou uma mudança estrutural nesse espaço de deliberação pública, desencadeador da

⁴²¹ BRITTO, C. A., “Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular””. In: Revista de Direito Administrativo, v.189, Rio de Janeiro, 1992, p. 95

⁴²² SENA, N. M., “Espaço público, opinião e democracia”. Disponível: <<http://www.ec.ubi.pt/ec/01/pdfs/sena-nilza-espaco-publico-democracia.pdf>> p. 207

⁴²³ HABERMAS, J., “Mudança estrutural da esfera pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984.

⁴²⁴ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Tempo Brasileiro, volume II, Rio de Janeiro, 1997.

decadência da esfera pública burguesa, nascida como fonte de resistência à autoridade estatal da monarquia absolutista.

Já para a sugestão de Manin⁴²⁵, a opinião pública deve ser concebida considerando-se a sua pluralidade. Segundo essa idéia, não existe uma, mas várias maneiras de identificar os fenômenos de opinião pública. Faria sentido falar em “opiniões públicas”. Assim, “a” opinião pública se expressa através dos grupos organizados, das manifestações mais ou menos espontâneas, das pesquisas, das eleições, dos comícios, das discussões em reuniões sociais, dos meios de comunicação etc. Nesse sentido, a opinião pública não designa apenas uma coisa, mas várias. Isso porque a coletividade também não tem uma única forma de se manifestar, mas diversas.

Em seu livro, *The Nature and Origins of Mass Public Opinion*, Zaller⁴²⁶ faz uma crítica aos estudiosos da opinião pública por não existirem esforços consistentes de se criar uma teoria geral, algo que tivesse uma validade mais abrangente, dando conta das diversas dinâmicas já relatadas em estudos individuais, a partir de fenômenos isolados.

É possível lembrar de alguns modelos que mudaram o rumo dos estudos de opinião pública, principalmente na área de comportamento político e eleitoral, tais como “the spiral of silence”, “the agenda setting”, “the two-step flow of communication”. O que Zaller⁴²⁷ questiona é não se procurar extrapolar esses modelos para outros contextos de opinião pública e principalmente não conectá-los ou contrapô-los a fim de chegar a modelos mais gerais.

Nesse sentido, apesar de não ser um modelo geral, a definição de algumas “propriedades da opinião pública” é um avanço e foi uma tarefa bem desempenhada por Key, ao tratar de alguns níveis de abordagem muito úteis para a descrição e análise das manifestações de opinião pública: distribuição, direção, intensidade, coerência e latência.

Distribuição é a forma como as opiniões individuais sobre um tema estão agrupadas. Assim, podemos encontrar situações de consenso absoluto, onde todos têm a mesma opinião, até uma situação de total dissenso, onde cada um tem uma opinião diferente. A distribuição observada nos dá, portanto, uma idéia do possível conflito em torno de algum assunto.

⁴²⁵ MANIN, B., *Le concept d'opinion publique*, s/d.

⁴²⁶ ZALLER, J. R., “The nature and origins of mass opinion”, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 2.

⁴²⁷ ZALLER, J. R., “The nature and origins of mass opinion”, cit.

Quando se fala da direção da opinião pública, refere-se a um posicionamento que aparece ao se analisar o conjunto das opiniões a respeito do tema em questão. A análise da direção da opinião pública pressupõe que para cada tema de interesse público existem escolhas a serem feitas. A direção informa basicamente se determinado grupo está a favor ou contra alguma coisa.

Além da distribuição e da direção, outra característica muito importante para se descrever satisfatoriamente uma manifestação de opinião pública é a intensidade. Esta propriedade indica o grau de adesão a cada opinião, dando uma medida de força da manifestação. Pode-se imaginar facilmente que os efeitos de uma situação onde a opinião pública é muito intensa são bem diferentes daqueles onde a força da adesão é menor. Durante a reforma constitucional de 1995, a maioria da opinião pública era favorável ao fim do monopólio estatal do petróleo. Mas a intensidade, o grau de adesão a essa tese, era muito menor do que o da minoria que era contrária à mudança, e que realizou ruidosas e seguidas manifestações contra o fim do monopólio.

Além de perceber para onde a opinião pública está apontando através de medidas de direção, com que nível de conflito, observando a distribuição e com que força, medindo sua intensidade, a outra propriedade presente na maioria das análises sobre fenômenos de opinião pública é a coerência ou consistência interna dos fenômenos.

Esta combinação de distribuições de opinião logicamente antagônicas entre si pode ser um indicador de que as decisões estão muito frágeis sobre o tema e que uma argumentação convincente pode fazer a opinião pública mudar muito rápido.

A abordagem mais clássica da propriedade da coerência, porém, é aquela que foca as incoerências no nível da opinião individual, através de cruzamentos das respostas de um mesmo indivíduo a várias perguntas diferentes mas ligadas ao mesmo assunto. Um dos autores que refletiu e estudou muito sobre tais incoerências foi Philip Converse⁴²⁸. Baseado em um famoso experimento, Converse defendeu em 1964 a tese de que quando os temas de opinião pública não têm grande saliência para os indivíduos ou são difíceis para a maioria entender, a probabilidade de que as opiniões sejam artificiais e sem nenhuma estabilidade é muito grande. A partir disso ele criou o conceito de “não-atitude”. Uma não-atitude é a ausência de uma atitude real, ou seja, é uma opinião que a pessoa dá sobre certos assuntos sem qualquer consistência, vazia de conteúdo.

⁴²⁸ CONVERSE, P. **The nature of belief systems in mass publics**. In: APTER, D. E. (org.). *Ideology and discontent*. 1964.

Desafiando as conclusões pessimistas de Phillip Converse, Page e Shapiro escreveram um livro chamado *The Rational Public*. Estes dois autores procuram demonstrar, através da análise de anos de dados de pesquisas de opinião pública feitas nos Estados Unidos, que a opinião coletiva é estável e faz bastante sentido, a despeito da fraqueza das opiniões individuais. Isto resulta do que eles chamam de “efeito de agregação estatística”, além do processo social de formação das opiniões. Os autores utilizaram teoremas matemáticos para provar que o resultado obtido para uma opinião coletiva é igual à média das tendências centrais de cada indivíduo e que, portanto, a média geral reflete a verdadeira tendência central da opinião pública. Além da explicação matemática, estes autores nos lembram que cada indivíduo traz para a discussão coletiva um pouco de informação, evitando que as opiniões se baseiem em dados incompletos ou enviesados.

Após analisarem um sub-grupo de 1.128 perguntas que foram repetidas da mesma forma pelo menos duas vezes ao longo de cinquenta anos, eles descobriram um nível de estabilidade incrível na opinião pública americana.

A última propriedade da opinião pública que merece ser citada é a latência. O cientista político V. O. Key⁴²⁹ descreve esta propriedade como uma avaliação do estado de “hibernação” da opinião pública em oposição à “ativação”. Um fenômeno de opinião pública latente é aquele onde existe um potencial para uma manifestação, mas ainda não houve explicitação da opinião, ou seja, ela ainda não se tornou pública. A passagem do estado latente para o ativo vai depender da relevância e do nível de relação que o estímulo ativador mantém com os valores, crenças e atitudes básicos do indivíduo.

As pesquisas quantitativas possibilitam a análise de dados de opinião pública em relação a todas estas propriedades: distribuição, direção, intensidade, coerência e latência. No entanto, a simples observação de outras formas de manifestação da opinião pública pode fornecer indícios suficientes para uma classificação de um certo contexto como polarizado ou consensual, latente ou ativo, coerente ou incoerente etc.

A idéia de propriedades e a sua utilização enquanto instrumento analítico é importante, pois cada propriedade relaciona-se a um aspecto que auxilia na previsão de futuros movimentos ou efeitos das manifestações de opinião na vida da sociedade.

Deve-se tomar cuidado, porém, com o nível de generalização das interpretações feitas com base em apenas um dos tipos de manifestação da opinião

⁴²⁹ KEY JR., V. O., “Public opinion and american democracy”, Alfred A. Knopf, Nova Iorque, 1961.

pública, pois um mesmo tema pode gerar reações diferenciadas que se expressam de formas diferentes nos sub-grupos existentes na sociedade ou comunidade em questão. Na verdade, o que realmente importa é o cuidado para criar uma lista de possíveis generalizações em relação a estas propriedades e como elas aparecem em uma situação compartimentada e multifacetada, como são normalmente as do dia-a-dia profissional.

Zaller⁴³⁰, por exemplo, defende a idéia de que obtemos nas pesquisas “opiniões temporárias”, pois cada indivíduo tem várias “opiniões potenciais” para um mesmo assunto, formando uma opinião específica de acordo com o contexto do momento da pesquisa.

A contrapartida é a tese de Page e Shapiro⁴³¹, defendendo a consistência e estabilidade das correntes de opinião pública como um todo, independente das diferenciações individuais. Esta tese contraria totalmente a crença de que a opinião pública é algo facilmente manipulável por forças externas. Para eles, a opinião pública é o resultante de todas as forças envolvidas, podendo ser encarada como um sinal claro de uma sociedade sobre os rumos que está tomando.

Cumprе salientar que o marco das mídias sociais *online* rompeu esse paradigma ao basear-se em um sistema de produção em que os conteúdos são propagados de poucos produtores para uma massa de receptores sem poder de interferência imediato. A nova lógica abriga um sistema em que todos interagem, criando, assim, um modelo multidirecional.

O processo entre a construção da opinião pública e sua materialização em ação política estatal não é imediato. No entanto, existe uma necessidade cada vez maior de se responder de forma mais rápida às pressões exercidas pela opinião pública através dos espaços abertos pelas novas mídias. Dessa forma, a opinião pública afirmada em uma época de comunicação em tempo real vem intervindo cada vez mais de forma imediata e intensa nos processos de tomadas de decisões.

É possível citar como exemplo o vídeo recente em que o ex presidente Lula dúvida da veracidade do acidente ocorrido com o presidente Bolsonaro quando, em campanha, foi esfaqueado. As manifestações de ambos os lados aos poucos tornam-se um bate boca público através de entrevistas, mídias sociais etc. Se por seu turno, um dos lados do debate coloca em questão um fato de notório conhecimento público, por outro turno a outra parcela responde desqualificando

⁴³⁰ ZALLER, J. R., “The nature and origins of mass opinion”, Cambridge University Press, Cambridge, 1993

⁴³¹ PAGE, B. I.; SHAPIRO, R. Y., “The rational public: fifty years of trends in american's policy preferences”, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

pessoalmente o interlocutor. Ambas as atitudes demonstram-se totalmente sem sentido, chegando às raias da infantilidade. No entanto tudo isso influencia sobremaneira a opinião, as atitudes, as demandas de todo o povo que acompanha o debate, sejam partidários desse ou daquele lado, seja a massa neutra.

A divulgação de mensagens trocadas entre o ex-juiz Sérgio Moro e o procurador Deltan Dallagnol tem dominado o debate público e movimentado o noticiário político e as redes sociais, com ampla repercussão internacional. O palanque do Twitter deu espaço aos protagonistas do caso e à oposição. O escândalo trouxe à tona as relações de interesse político que mobilizavam a força-tarefa em Curitiba, e já reverbera nos principais jornais do País, assim como em veículos internacionais.

Ambos os protagonistas do novo escândalo manifestaram-se nas redes. O ex-juiz manifestou-se dizendo que uma “leitura atenta revela que não tem nada ali apesar das matérias sensacionalistas”. O procurador do Ministério Público Federal e coordenador da Operação Lava Jato, Deltan Dallagnol, compartilhou a nota do MPF sobre um ataque de hackers que teve como alvo os procuradores da operação. Destacou que o grupo não se curvaria à “invasão imoral e ilegal”.

Marco Aurélio Mello, ministro do Supremo Tribunal Federal disse em entrevista que a troca de colaborações entre o ex-juiz e o procurador colocava em xeque a ‘equidistância do órgão julgador, que tem que ser absoluta’. O ministro também defendeu que a troca de mensagens entre Estado acusador e juiz teriam que ser dadas no processo. “Isso tem que ser tratado no processo, com ampla publicidade, [...] com absoluta transparência”.

Veículos internacionais já comentaram sobre o caso. A manchete do jornal francês *Le Monde Diplomatique* deu que “a investigação anticorrupção sobre Lula visava impedir seu retorno ao poder”. O *Washington Post* disse sobre a resposta de Sergio Moro e destacou que o ex-juiz ‘lamentava a ação de hackers’. A *Bloomberg* destacou que o vazamento ‘vem em um momento difícil para Jair Bolsonaro’ e que mais complicações políticas estão por vir. “As revelações aconteceram em um momento delicado para o presidente”, disse. O portal *Al Jazeera* reportou que os procuradores comprovadamente teriam tramado para manter Lula fora das eleições de 2018.

A base governista se esforçou para emplacar a hashtag #EuApoioALavaJato ao longo da noite, mas partiu em seguida para outra estratégia de desqualificar a reportagem: a homofobia.

O deputado federal do PSOL David Miranda, que é casado com Glenn Greenwald, editor do *The Intercept*, afirmou que os ataques vinham porque os opositores ‘não têm meios de abordar o conteúdo da reportagem’.

Os membros do clã Bolsonaro não deixaram de participar das discussões. Carlos Bolsonaro compartilhou link de notícia publicada por sites apoiadores do governo e o irmão Eduardo resgatou um vídeo de janeiro de 2019.

Críticos do agora ministro da Justiça apontam que o caso comprova sua parcialidade no julgamento de crimes da Operação Lava Jato. Moro, por sua vez, denuncia o que chamou de "invasão criminosa" na obtenção dos diálogos divulgados em reportagens do site *The Intercept Brasil*.

Apesar da intensa mobilização em torno do caso, pouco se sabe sobre os possíveis desdobramentos da divulgação do material. Um dos pontos que mais gera expectativas, especialmente entre apoiadores do ex-presidente Lula, é a possibilidade de anulação de processos julgados por Moro em Curitiba na primeira instância. Essa possibilidade se apoia em uma avaliação de que o então juiz agiu de forma parcial e fora de suas atribuições para incriminar o petista. Um possível desdobramento seria a própria anulação dos processos é o caminho previsto pelo sistema jurídico brasileiro.

O debate público ficou dividido por um lado entre aqueles que afirmam que o conteúdo das mensagens não deixa dúvidas sobre um conluio entre Moro e Dallagnol para a condenação, escolha de provas e direcionamento do processo no caso do ex-presidente. Esses defendem a ideia de que comprovado que o juiz é parcial ou orientou as partes, o processo deve ser declarado nulo, mesmo que a decisão tenha sido confirmada por cortes superiores, e teria que começar do zero.

Por outro lado há os que entendem que a interação entre juízes e advogados ou representantes do Ministério Público é frequente e permitida no sistema jurídico brasileiro. Para eles há um caminho muito longo para dizer que a troca de mensagens entre um procurador e um juiz no contexto da operação criminal, de um processo, demonstra por si só a parcialidade.

O tom foi adotado pela força-tarefa da Lava Jato ressaltou a a gravidade da invasão criminosa dos celulares de procuradores. O grupo afirma que membros do Ministério Público Federal (MPF) tiveram celulares e aplicativos de mensagens invadidos e clonados, antes da suposta invasão ao celular do ministro Moro.

Em editorial, o *The Intercept Brasil* explicou que os arquivos de mensagens, obtidos pela fonte anônima, foram recebidos semanas antes de circular a notícia do celular hackeado do ministro da Justiça.

A divulgação das conversas reanimou um debate complexo sobre a possibilidade de se utilizar provas obtidas ilegalmente em processos judiciais. O ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Gilmar Mendes disse ao jornal Folha de S. Paulo que a possível origem ilegal dos vazamentos "não necessariamente" anula provas que venham a ser produzidas a partir deles. No entanto há quem entenda que essa leitura só se aplica à utilização pela defesa – nesse caso, por aqueles que foram condenados pelo ex-juiz na Lava Jato. Fica descartado, portanto, um eventual uso em processos contra Moro e Dallagnol.

Símbolo do combate à corrupção no Brasil nos últimos anos, a Lava Jato enfrenta sua maior prova de fogo, com risco de anulação de processos. Bruno Lorencini, da Mackenzie, acredita que os erros da operação são naturais por sua magnitude, e lembra que as instâncias superiores existem justamente para corrigi-los. Para ele, a Lava Jato é uma operação que mudou a história do país e trouxe consequências muito importantes. Acredito que as instituições brasileiras têm enfrentado essas crises e dado respostas. É natural que isso também aconteça nessa questão do vazamento. Não vejo como uma situação de crise do Judiciário, mas como problemas que ocorrem e que, nesse caso, envolveram autoridades públicas. Mas não afeta a instituição.

Em sentido oposto, Eloísa Machado, da FGV-SP, acredita que a operação que já completou cinco anos pode ter todo o seu núcleo desestruturado pela ação irregular entre Moro e Dallagnol. Ela defende que a operação se reencontre com a legalidade. Se a Lava Jato conseguiu desvendar uma coisa importante, mas fazendo isso com desprezo às regras isso gera uma questão ética e de eficiência uma vez que o desfecho não pode ser outro que não a anulação dos processos.

O Direito Achado na Rua busca ser a expressão do processo que reconhece na atuação jurídica dos novos sujeitos coletivos e das experiências por eles desenvolvidas de criação de direito, visando entender o direito como modelo de legítima organização da liberdade. A rua evidentemente é uma metáfora do espaço público, no caso, identificado nos meios de comunicação⁴³².

Deste modo, o direito como sistema normativo imperativo, coercitivo e institucionalizado, correspondente ao monopólio estatal de produção e circulação, contrapõe-se o conceito de Direito Achado na Rua que reconhece o papel do Estado tão somente para a declaração do direito. Nessa lógica, o direito aflora da sociedade e não se esgota na enunciação normativa que o Estado produz.

⁴³² SOUSA JUNIOR, J. G., "O direito Achado na Rua: Concepção e Prática", Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2015.

V. CONCLUSÃO

É notório que há uma lacuna entre a existência do direito, o conhecimento e a efetivação dele. O povo detentor do poder, na grande maioria das vezes, é sonogado dos seus direitos fundamentais, como se colocassem um véu em seus direitos e uma venda em seus olhos, rompendo agressivamente com o Estado Democrático de Direito.

Como visto, a democracia é uma espécie de regime de governo em que o poder emana do povo, dos cidadãos daquele Estado, protegendo a liberdade humana relacionado aos direitos individuais e das minorias sociais.

A interação entre os cidadãos e os mecanismos de comunicação forma uma relação de diálogo criado através dos espaços midiáticos, contribuindo, desta forma, para o conhecimento e reconhecimento de direitos advindos das opiniões veiculadas.

Os meios de comunicação, mesmo quando não utilizados da melhor maneira, são os melhores antídotos contra desmandos no âmbito do poder público. Muitas vezes, é apenas com eles que a sociedade pode contar para enxergar além do que acham que dever ser sabido. Pode haver erros nos relatos, no tom, na urgência. Contudo, devido à possibilidade de trazer luz a determinados fatos é que a democracia consegue conhecer seus corruptores.

Acontece que com as inúmeras informações lançadas nas redes de comunicação, tem surgido as falsas notícias/“fake news”, percebendo-se como a disseminação da comunicação pode ser prejudicial para uma sociedade.

No bojo das inovações tecnológicas, desponta o paradigma da comunicação articulada em rede, composta de relações colaborativas em que a liberdade de um começa onde começa a liberdade do outro⁴³³.

É certo que cabe ao Estado de Direito garantir a plena vigência da democracia. Mas, para isso, são necessários os meios de comunicação que constroem essa ponte no sistema representativo, transformando-o em um modelo mais direto e possibilitando que o direito emergente desses espaços públicos ganhe a chancela estatal e a efetivação necessária.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T.W. “Palavras e sinais – modelos críticos 2”, Editora Vozes, Petrópolis, 1995.

⁴³³ FERRAZ JR., T. S., “O Direito, entre o futuro e o passado”, Noeses, São Paulo, 2014.

ADORNO, T.W. e HORKHEIMER, M. “Dialética do Esclarecimento”, Jorge Zahar Editor, Rio de Janeiro, 1985.

AMARAL, M. F., “Sensacionalismo: inoperância explicativa”. Porto Alegre, 2003, p. 133-146, Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/repositorio/2010/04/pdf_38a6b14395_0009787.pdf>>.

ALDÉ, A.; DIAS, H., “Intervalo surpresa: spots eleitorais na campanha municipal de 1996”, Comunicação e Política, v.5, n.1, Rio de Janeiro, jan.-abr. 1998, p. 83-100.

ATAÍDE, Y. D.B., “A educação e a cultura de paz”, Revista da FAEEBA, UNEB, Ano 9, n. 14(Jul/dez), Salvador, 2000.

BOURDIEU, P., “O Poder Simbólico”, 2. ed., Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 1999.

BRITTO, C. A., “Distinção entre “controle social do poder” e “participação popular””. In: Revista de Direito Administrativo, v.189, Rio de Janeiro, 1992.

2. CABETTE, E. L. S., “Ética, Moral e Direito: uma abordagem sobre a delação premiada no sistema penal brasileiro”. Disponível em: <<<https://jus.com.br/artigos/17809/etica-moral-e-direito-uma-abordagem-sobre-a-delação-premiada-no-sistema-penal-brasileiro>>>.

CONVERSE, P. “The nature of belief systems in mass publics”. In: APTER, D. E. (org.). Ideology and discontent. 1964.

COOK, T., “Making Laws and Making News – Media Strategies in the U.S. House of Representatives”, Brookings Intituition, Washington, D.C., 1989.

COOK, T. E., “Governing with the News: The News Media as a Political Institution”. The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

DEBORD, G., “A sociedade do espetáculo”, trad. Estela do Santos Abreu, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997.

FERRAZ JR., T. S., “O Direito, entre o futuro e o passado”, Noeses, São Paulo, 2014.

HABERMAS, J., “Mudança estrutural da esfera pública: Investigações quanto a uma categoria da sociedade burguesa”, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1984.

HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Tempo Brasileiro, volume II, Rio de Janeiro, 1997.

HERBST, S., “Reading Public Opinion: How Political Actors View the Democratic Process”, The University of Chicago Press, Chicago, 1998.

KEY JR., V. O., “Public opinion and american democracy”, Alfred A. Knopf, Nova Iorque, 1961.

LEMOS, A. “Nova esfera conversacional”. In DIMAS, A. et al. Esfera pública, redes e jornalismo, Ed. E-Papers, Rio de Janeiro, 2009.

MARCONDES FILHO, C., “O Capital da Notícia: jornalismo como produção social de segunda natureza”, 2ª ed., Ática, São Paulo, 1989.

MANIN, B., Le concept d'opinion publique, s/d.

MÍDIA E PODER NA SOCIEDADE DO ESPETÁCULO. Disponível em: <<<https://revistacult.uol.com.br/home/midia-e-poder-na-sociedade-do-espetaculo/>>>.

PORTO, M., “Interpretando o mundo da política: perspectivas teóricas no estudo da relação entre psicologia, poder e televisão”, XXIII ANPOCS, Cambu (MG), Brasil, outubro de 1999.

PAGE, B. I.; SHAPIRO, R. Y., “The rational public: fifty years of trends in american's policy preferences”, University of Chicago Press, Chicago, 1992.

ROKEACH, M., “Beliefs, attitudes and values: a theory of organization and change”, Jossey-Bass, San Francisco, 1968.

SENA, N. M., “Espaço público, opinião e democracia”. Disponível: <<<http://www.ec.ubi.pt/ec/01/pdfs/sena-nilza-espaco-publico-democracia.pdf>>>.

SAENZ, J. M., “Introducion a Algunos problemas da História de la Ética”, 1998.

SOUSA JUNIOR, J. G., “Direito como liberdade: O Direito Achado na Rua” 2008. 338f. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

SOUSA JUNIOR, J. G., “O direito Achado na Rua: Concepção e Prática”, Lúmen Júris, Rio de Janeiro, 2015.

SOUSA JUNIOR, J. G. et al., “Introdução crítica ao direito à comunicação e à informação”, FACUnB, Brasília, 2016.

VAZQUEZ, A. S., “Ética”, Trad. João Dell’Anna, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1993.

ZALLER, J. R., “The nature and origins of mass opinion”, Cambridge University Press, Cambridge, 1993, p. 2.

LITIGIO ESTRATÉGICO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS COMO ACCIÓN PARA LA GARANTÍA DE DERECHOS A GRUPOS VULNERABLES

SOUSA, Monica Teresa Costa

Profesora Asociada de la Universidade Federal do Maranhão (UFMA), Profesora Visitante en la Universidad de Valencia/España (Beca CAPES PVEX),
mtcostasousa@uol.com.br

MONICA, Eder Fernandes

Professor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidade Federal Fluminense (UFF), *ederfm@id.uff.br*

RESUMEN

Este artículo presenta el litigio estratégico ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) como acción en defensa de algunos grupos vulnerables, principalmente mujeres, LGBTI, minorías étnicas y niños/adolescentes. El litigio estratégico se define como una provocación al SIHD para que se pronuncie sobre una situación de extrema violación de derechos humanos, con la expectativa de que ello conduzca a cambios jurisprudenciales y políticos reales. De esta forma, el litigio estratégico se consolida como posibilidad de actuación para organizaciones que vislumbran en ese tipo de litigios una posibilidad de alteración en el padrón decisorio de las instituciones internas del sistema de justicia. Los casos relacionados con los grupos vulnerables arriba identificados van desde cuestiones de violencia de género, pasando por el derecho a la salud y tratamiento médico y derecho a la educación.

Palabras-clave: Minorías; Organización de los Estados Americanos; Litigio estratégico; Derechos humanos; Grupos vulnerables.

ABSTRACT

This article presents the strategic litigation before the Inter-American System of Human Rights (SIDH) as an action in defense of some vulnerable groups, mainly women, LGBTI, ethnic minorities and children/adolescents. The strategic litigation is defined as a provocation to the SIHD to pronounce on a situation of

extreme violation of human rights, with the expectation that this will lead to real jurisprudential and political changes. In this way, strategic litigation is consolidated as a possibility for organizations that envisage in this type of litigation a possibility of changing the decision-making pattern of the internal institutions of the justice system. The cases related to the vulnerable groups identified above range from issues of gender violence to the right to health and medical treatment and the right to education.

Keywords: Minorities; Organization of American States; Strategic litigation; Human rights; Vulnerable groups

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN; II. LITÍGIO ESTRATÉGICO: concepto y antecedentes históricos; III. ELECCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL LITÍGIO ESTRATÉGICO; IV. LITÍGIOS ESTRATÉGICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS GRUPOS VULNERABLES; V. CONCLUSIÓN; VI. REFERENCIAS

I. INTRODUCCIÓN

La idea de garantía y protección internacional de los derechos humanos acompaña a la sociedad de forma efectiva desde el siglo pasado a partir de los postulados normativos de las Naciones Unidas, al reconocer el carácter universal de estos derechos, además de asentar las bases para algunos sistemas locales o regionales de protección, destacándose aquí el sistema interamericano, creado a partir de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

Uno de los mayores destaques del trabajo de la OEA está la actividad desarrollada por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), intento regional de garantizar el respeto a estos derechos en una sistemática jurisdiccional. Constituido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), el sistema se ha destacado por importantes decisiones en casos individuales y colectivos en que hay violaciones de derechos humanos, ocurridas en estados que reconocen su competencia y jurisdicción.

A partir de importantes decisiones de la Corte Internacional de Derechos Humanos que repercutieron de manera significativa en los ordenamientos jurídicos internos e incluso en las estructuras legislativas e institucionales de países que forman parte de la organización, se desarrolla la idea de litigio estratégico como reacción a violaciones sistemáticas de los derechos humanos, de incompatibilidad

entre Derecho interno y compromisos internacionales o cuando el Poder Judicial local no garantiza seguridad jurídica a determinadas situaciones y/o grupos.

En el caso de que se trate de un caso de litigio ante el SIDH en lo que se refiere a la presentación de un caso como litigio estratégico, una vez considerado, el caso llevado al SIDH puede promover, además de la reparación del daño a las víctimas inmediatas, cambios en el padrón de decisiones judiciales internas, adopción o reforma de políticas públicas, con el fin de hacer que otras personas en situación similar a la que dio caso al litigio, también se beneficien.

Así, es objeto de este estudio la propia definición y concepción de litigio estratégico, primero de manera general, para después pasar a lo que se considera como tal en el ámbito del SIDH, destacando algunos temas y casos que pueden ser encuadrados como litigios estratégicos. Es importante destacar que incluso una cuestión individual, como el ya conocido caso *Atala Rizzo y niñas vs. Chile*⁴³⁴, puede servir de base para la comprensión ampliada de la situación de discriminación, violencia y supresión de derechos enfrentados por grupos minoritarios y/o vulnerables, lo que específicamente será analizado por esta propuesta de investigación.

Para ello, desde el punto de vista metodológico, este artículo se apoya en la revisión bibliográfica específica, en lo que se refiere a la fundamentación teórica, así como en el análisis de casos reconocidos como litigios estratégicos junto al SIDH, como el ya citado caso "*Atala Rizzo y niñas vs. Chile*", a fin de confirmar el litigio estratégico como fundamental para la protección y garantía de derechos humanos a grupos vulnerables.

II. LITÍGIO ESTRATÉGICO: concepto y antecedentes históricos

Para que se tenga una comprensión de la importancia del litigio estratégico en la garantía y promoción de los derechos humanos en el SIDH, es necesario afirmar que hay un espacio doctrinal importante hoy dedicado al tema, pues se ve que los objetivos alcanzados a partir de esta línea de actuación van más allá de los resultados obtenidos por una decisión judicial entre Estados y particulares. Al considerar la visibilidad que un caso puede alcanzar en esfera internacional, grupos menos favorecidos pasan a ser protagonistas de cambios en la comprensión de los derechos y prerrogativas en el ámbito interno.

⁴³⁴ CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, "Relatório n. 43/06". Casos 12.426 e 12.427, Solução amistosa, Meninos emasculados do Maranhão. Brasil. 15 de março de 2006. Disponível em: <<<https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>>>. [05-2019].

También se conoce como litigio de alto impacto, y decurrente de las *class action*, es importante adoptar una definición de lo que sea el litigio estratégico en esta investigación, y para tanto la concepción de Correa⁴³⁵ parece muy adecuada. El autor comprende que el litigio de alto impacto es una estrategia para seleccionar, evaluar y dar curso en una Corte internacional a un caso impactante desde el punto de vista de la violación sistémica de derechos humanos y que sea capaz de fomentar cambios en futuras decisiones judiciales, promover la elaboración de nuevas políticas públicas e incluso alterar los comportamientos del Estado y de la sociedad civil; en realidad el litigio estratégico puede ser identificado como una cuestión judicial que pasa por un proceso de identificación, discusión y solución de graves problemas colectivos, considerados muchas veces a partir de una demanda individual.

Aunque haya visibilidad social a partir de un caso considerado como litigio estratégico, es importante trazar la diferencia entre éste y otros casos considerados como de proyección social. Coral-Díaz et al⁴³⁶ lo hacen de manera clara, enfatizando que no toda acción de proyección social es un litigio estratégico, pues éste se centra en los derechos específicamente violados y su reparación, así como, por supuesto, inciden en posibilidades de alteración jurisprudencial o incluso normativa.

Las acciones de proyección social son estrategias de grupos de presión y/o vulnerables para llamar la atención de la sociedad y del Estado en lo que se refiere a la reivindicación de derechos o visibilidad de una situación, lo que evidentemente sólo puede suceder en un ambiente democrático y de garantía de la libertad de expresión y manifestación. Aunque las acciones de proyección social, que se pueden ejemplificar a partir de las manifestaciones públicas, tienen impacto colectivo, generalmente los grupos de presión no utilizan el Poder Judicial para alcanzar sus objetivos.

Los orígenes de la idea de litigios estratégicos se remontan al concepto de "derecho de interés público", surgido en los Estados Unidos durante la década de 1960 como consecuencia del movimiento de garantía de derechos civiles, valiéndose de la actividad del Poder Judicial. Se trató de una línea de actuación que

⁴³⁵ CORREA, L. M., "Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho", *Opinión Jurídica*, 7(14), 149-162, 2008. Disponible em: << <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/161>>>, [06-2019].

⁴³⁶ CORAL-DÍAZ, A. M.; LONDOÑO-TORO, B.; MUÑOZ-ÁVILA, L. M., *El concepto de litigio estratégico em América Latina: 1990-2010*. Vniversitas. Bogotá (Colombia) n° 121: 49-76, Bogotá, julio-diciembre de 2010.

generó decisiones históricas de la Corte Suprema estadounidense, tales como las que decidieron los casos *Brown vs Board of Education* (1954) y *Roe vs Wade* (1973).

Aunque la promoción académica del litigio estratégico se ha dado principalmente en los últimos 20 años, junto a las Clínicas de Derechos Humanos, al menos desde finales de los años 1980 algunas instituciones que se dedican específicamente a las cuestiones relacionadas con los derechos humanos ya trabajaban con casos importantes en las llamadas *class actions* y abogacía de interés público. Amnistía Internacional, por ejemplo, ya lo hacía desde 1987⁴³⁷.

Es importante destacar incluso que son justamente Organizaciones No Gubernamentales (ONG) como Amnistía Internacional que impulsaron el trabajo del litigio estratégico en América Latina. Instituciones como el Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS), en Argentina; el Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativo (ILSA), en Colombia; la Comisión Andina de Juristas del Perú y la Justicia Global en Brasil son muy importantes tanto en el trabajo de identificación de casos como litigios estratégicos como en la capacitación de profesionales habilitados a trabajar con casos de alta complejidad en instancias internacionales.

Incluso en relación a la capacitación profesional toma cada vez más aliento en América Latina el trabajo realizado por las Clínicas de Derechos Humanos junto a las instituciones de enseñanza superior, principalmente junto a los cursos de Derecho. Aún incipiente en Brasil, cuyo ejemplo pionero y destacado es la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Federal de Minas Gerais (UFMG), en América Latina las clínicas fueron influenciados por las instituciones similares de los Estados Unidos de América⁴³⁸.

Identificadas por primera vez en la segunda mitad del s. XX en los Estados Unidos, en América Latina las Clínicas conocen dos etapas principales, ambas importantes para el litigio estratégico. La primera etapa va de los años 1960 a 1990, cuando los casos eran mayoritariamente dirigidos a las cuestiones relacionadas al proceso de redemocratización por el cual pasó gran parte de América Latina; la

⁴³⁷ AMNESTY, "Litigio estratégico". Disponible em: <<<https://www.amnesty.org/es/strategic-litigation/>>>. [05-2019].

⁴³⁸ La Clínica de Derechos Humanos de la UFMG fue fundada por académicos del curso de Derecho de esta universidad en 2013; es un programa de investigación y acción social vinculado a la Facultad de Derecho, responsable de prestar asistencia jurídica a la sociedad en general. Actúa en casos individuales y colectivos y tiene como objetivo promover y defender los derechos humanos, valiéndose del método de la abogacía estratégica y de líneas de actuación tanto en el ámbito judicial como extra judicial. (CLINICADH, Clínica de Direitos Humanos, Universidade Federal de Minas Gerais. A clínica. Disponible em: <<<https://clinicadh.direito.ufmg.br/index.php/a-clinica/>>>. [05-2019]).

segunda, que se inicia en los años 2000, tiene como prioridades casos que envuelven la protección del medio ambiente, derechos de pueblos indígenas/tradicionales, derechos de personas con necesidades especiales y derechos relacionados con el género y orientación sexual. Para Coral-Díaz et all⁴³⁹, otro punto importante en el fortalecimiento de las Clínicas que genera consecuencia directa para el litigio estratégico, es la “[...] experiencia como una propuesta pedagógica que involucra a profesores y estudiantes en un gran reto: lograr un proceso de aprendizaje activo, “probleémico”, situado y colaborativo”.

En esta segunda fase, las Clínicas pasan a trabajar de manera más específica con el litigio estratégico, a partir de cuestiones locales y utilizándose principalmente de las herramientas normativas disponibilizadas por políticas públicas más protectivas. El trabajo pasa a ser más objetivo y se pueden percibir rasgos comunes de actuación tanto de las Clínicas como de las ONGs y la elección de casos que puedan ser considerados como estratégicos⁴⁴⁰.

De esta forma, actualmente el litigio estratégico para Clínicas y ONGs se centra en las siguientes cuestiones:

- 1) cuando las normas que protegen los derechos humanos son incumplidas,
- 2) cuando hay discordancia entre los estándares internacionales de protección de derechos humanos y la aplicación en el orden interno,
- 3) cuando la aplicación del derecho en los tribunales nacionales es incierta e impredecible y
- 4) cuando existen restricciones legales para el ejercicio de los derechos humanos⁴⁴¹.

Se debe considerar que la actuación a partir de los parámetros arriba se da evidentemente con base normativa en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, es decir, en cualquiera de las elecciones hay que dejar muy claro qué derecho o derechos han sido violados a partir de la Convención. Por lo tanto, para constituirse como objeto de un posible litigio estratégico no es suficiente el mero incumplimiento de normas de derechos humanos. Es necesario que la denuncia de esa violación sistemática pueda ser usada eficazmente como estrategia capaz de producir jurisprudencia internacional (en el sistema interamericano), para causar

⁴³⁹ CORAL-DÍAZ, A. M.; LONDOÑO-TORO, B.; MUÑOZ-ÁVILA, L. M., El concepto de litigio estratégico em América Latina: 1990-2010. Vniversitas. Bogotá (Colombia) n° 121: 49-76, Bogotá, julio-diciembre de 2010., pp. 55-56.

⁴⁴⁰ Aunque sea de conocimiento general, es importante recordar que tanto Clínicas como ONGs y cualquier persona u organización puede demandar ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; ya ante la Corte, sólo Estados y la propia Comisión.

⁴⁴¹ CORAL-DÍAZ, A. M.; LONDOÑO-TORO, B.; MUÑOZ-ÁVILA, L. M., El concepto de litigio estratégico em América Latina: 1990-2010. Vniversitas. Bogotá (Colombia) n° 121: 49-76, Bogotá, julio-diciembre de 2010, p. 57.

impacto en el ámbito doméstico de los Estados. Para Cardoso⁴⁴², litigar estratégicamente es importante también en los casos en que entidades de defensa de derechos humanos que actúan apenas en el Poder Judicial nacional no obtuvieron éxito y los recursos internos se agotaron. En cualquier caso, ya que no todas las situaciones pueden ser llevadas a la CIDH, y considerando la dificultad de actuación en ese sistema (costo excesivo y largo trámite), y aún los riesgos de fracaso, se hace necesario adoptar un estándar de calidad e impacto (incluso internacional) en la elección del caso que será encaminado y en la caracterización jurídica de la violación de derecho humano que se pretende ver reconocida.

II. ELECCIÓN Y CONSTRUCCIÓN DEL LITÍGIO ESTRATÉGICO

Aunque todas las situaciones de violación de derecho humano deban ser consideradas graves e intolerables, no es viable, ni productivo, denunciar a todas ellas ante organizaciones internacionales de protección. Así que el litigio estratégico implica una elección, una selección de una situación particularmente bien caracterizada, pero que no debe ser interpretada como más importante, ni necesariamente más graves que las situaciones “candidatas”. Esta selección se constituye, en cambio, como un medio más efectivo de lograr, a partir de la caracterización de determinada situación como de violación de derechos humanos, que otros casos se beneficien a partir de la exposición internacional de la situación específica.

Por eso, llevar al SIDH un caso construido de manera consistente como litigio estratégico puede rendir beneficios a la causa de los derechos humanos que van más allá de la reparación a las víctimas, aunque ésta es también fundamental e importante. Contreras⁴⁴³ indica que puede servir como “[...] fuerza disuasiva sobre el Estado de que se trate, afectará e impactará ante la opinión pública nacional e internacional y permitirá —mediante la obtención de decisiones en casos paradigmáticos— el avance hacia modificaciones estructurales”.

Justamente por eso es necesaria toda la cautela y preparación para que un caso de violación de derechos humanos sea considerado como de litigio estratégico, así como una adecuada y completa documentación del caso, pasando por un fuerte conjunto probatorio y observadas, por supuesto, las condiciones formales de admisión de casos ante la CIDH, como por ejemplo el agotamiento de los

⁴⁴² CARDOSO, E. L. C., “Litigio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos”, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

⁴⁴³ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), “Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar”. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.: Tehuantepec, 2011, p. 15.

recursos internos. Estos son sólo algunos de los pasos importantes que deben ser considerados por los demandantes para que la petición sea admitida y para que haya posterior decisión favorable, por medio de informe y recomendaciones de la Comisión o la remisión del caso a la CtIDH. En cuanto a este punto, Contreras entiende que:

Lo anterior es tanto más importante cuanto una decisión de la Corte Interamericana implica la obligación de cumplimiento por parte de los Estados que han decidido someterse a su competencia contenciosa. Como sabemos, las sentencias del Tribunal son definitivas y obligatorias para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos (OEA) que han aceptado su jurisdicción contenciosa. Además, sus sentencias ejercen una presión significativa sobre los Estados para generar, a partir de la decisión, cambios legislativos y estructurales dentro del ámbito local, y garantizar la no repetición de un comportamiento⁴⁴⁴.

Además de la reparación del daño causado por la violación de los derechos humanos, la eficacia del litigio estratégico también depende de toda la repercusión dada al caso. Es importante trabajar con diseminación de informaciones sobre el litigio junto a los medios de comunicación para que se pueda, al final del proceso, publicar la obligatoriedad del cumplimiento de la recomendación de la Comisión o sentencia de la Corte.

Hay una serie de recomendaciones que se deben seguir cuando se trata de "montar" o elegir un caso como un litigio estratégico. En esta seara, el trabajo desarrollado por la Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos es un punto de partida a ser considerado⁴⁴⁵.

Antes de cualquier medida judicial en instancias internacionales, es preciso conocer bien el contexto específico que rodea a la pretendida víctima o grupo de víctimas en situación de vulnerabilidad, lo que puede hacerse a partir de análisis previo por instituciones de monitoreo como ONGs o grupos de defensa de los derechos humanos que no necesariamente actúen en esfera judicial. En este monitoreo previo, la recomendación es que "[...] aun cuando teóricamente pudiéramos estudiar todas las instituciones, siempre investigaremos sólo una muestra de ellas, cuidadosamente seleccionadas, para ahorrar tiempo, trabajo y dinero"⁴⁴⁶.

⁴⁴⁴ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), "Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar", cit., p. 16.

⁴⁴⁵ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), "Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar", cit.

⁴⁴⁶ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), "Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar", cit., p. 26.

Tomando conocimiento del contexto (incluso geográfico) que implica la situación, es necesario ahora trazar el plan de acción, aunque no pueda ser el mismo para todos los tipos de violaciones de derechos humanos que desencadenen un litigio estratégico, es posible trabajar con estándares de actuación. Entre los muchos factores que hay que tener en cuenta al trazar las estrategias, uno de los primeros y más importantes es evaluar el grado de sensibilización social de la problemática enfrentada. Cuanto más impactante sea ese grado, mejor. Casos que denuncian tortura, por ejemplo, seguramente encontrarán apoyo en la sociedad. Así, Contreras apunta lo que es esencial en la estructuración del caso y montaje del plan de acción en un caso de repercusión social:

Utilizar los medios electrónicos y escritos para difundir información que ayude a visibilizar el caso. Realizar campañas de sensibilización. Cabildear, en la medida de lo posible, con los encargados de plantear las posibles reformas legales, así como con los jueces que conocerán el caso. Contactar a las organizaciones no gubernamentales para buscar trabajar en equipo. *Amicus curiae* (amigo de la corte o amigo del tribunal). Esta figura [...], consiste en las opiniones aportadas por terceros ajenos a un litigio. Normalmente consisten en argumentos de derecho u otros aspectos⁴⁴⁷.

En este plan de acción también es muy importante contar con un equipo dispuesto a sistematizar los instrumentos normativos internos e internacionales que disponen sobre la cuestión enfrentada, así como buscar datos internos sobre casos semejantes (incluso decisiones judiciales). De esta forma, la documentación llevada al litigio pasa a ser fundamental para que el trabajo sea hecho de manera fundamentada.

De la documentación relativa al caso específico, se debe pasar a los instrumentos normativos que fundamentan la pretensión, es decir, indicar exactamente qué normas fueron violadas (además de la evidente violación a la Convención Interamericana), así como todo el conjunto legal interno e internacional que da soporte a la pretensión.

Traer todos los tratados de derechos humanos que han sido ratificados por el Estado demandado es un primer paso; las leyes y otras especies normativas internas también deben ser mencionadas, para que posteriormente se traiga toda fundamentación jurisprudencial que pueda ser utilizada, como la propia jurisprudencia de la CtIDH, decisiones y documentos de órganos de la ONU (Pactos

⁴⁴⁷ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), "Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar", cit., p. 28.

Internacionales de 1966, decisiones del Comité de Derechos Humanos, del Consejo Económico y Social, entre otros), así como la jurisprudencia relevante en otras instancias judiciales, como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y la Corte Internacional de Justicia que, de acuerdo con Contreras⁴⁴⁸, “[...] aunque no es un tribunal que conozca expresamente de violaciones de derechos, sí se ha pronunciado respecto a determinados temas relativos a éstos”.

En realidad, no se puede decidir fácilmente o sólo por un único criterio cuál caso será llevado al SIDH como un litigio estratégico. Muchos factores influyen esta elección, como la calidad y cantidad de pruebas, el agotamiento de los recursos internos, la disponibilidad de las supuestas víctimas o de sus representantes, el acceso a las informaciones y claro, los costes de la demanda.

Todas estas cuestiones deben ser evaluadas a fin de permitir la identificación y clasificación del caso como litigio estratégico, para que los efectos de esta demanda, una vez aceptada, sea realmente capaz de, además de interrumpir una violación sistemática de derechos humanos e indemnizar a las víctimas, influenciar de algún modo (o por cambio en el entendimiento jurisprudencial o incluso por la elaboración de políticas públicas específicas) las instituciones internas promoviendo una cultura de respeto y garantía de los derechos humanos.

III. LITIGIOS ESTRATÉGICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS Y LOS GRUPOS VULNERABLES

La mayoría de los Estados americanos son parte de importantes tratados y convenciones internacionales de protección de los derechos humanos, tanto en el marco de la OEA como ante las Naciones Unidas; además de la normativa general de protección, se destacan también las convenciones específicas para la protección y garantías de derechos humanos de grupos que están constantemente en situación de riesgo, como pueblos tradicionales y/o indígenas, mujeres, LGBTs, niños y personas con discapacidad.

Desde luego, en todo caso de violación de derechos humanos se puede invocar el alcance de protección del SIDH, pero se ha comprendido que hay situaciones que demandan mayor atención y justamente por eso son importantes en la construcción de un litigio estratégico, porque hay siempre la posibilidad de que, a partir de la violación de derechos a un grupo específico, se construya,

⁴⁴⁸ CONTRERAS, J. C. G. (Coord), “Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar”, cit., p. 30.

posteriormente al litigio, una política de acción del Estado para proteger derechos de tales grupos, que se encuentran en vulnerabilidad. El Instituto Interamericano de Derechos Humanos comprende que:

[...] cuando se trata de situaciones que vinculan a víctimas pertenecientes a grupos en condición de vulnerabilidad, se amplía el espectro de protección a favor de esos colectivos, siempre y cuando se demuestre que la violación a derechos humanos ocurrió por la pertenencia a ese sector poblacional⁴⁴⁹ (IIDH, p. 131, 2014).

En cuanto a las mujeres, consideradas como grupo vulnerable ante el SIDH, se constata que, a pesar de garantizar la igualdad de género de manera formal y legal en muchos países, los índices de violencia contra las mujeres siguen siendo cada vez mayores. En Brasil, según datos oficiales del Ministerio de la Mujer, de la Familia y de los Derechos Humanos⁴⁵⁰, de enero a julio de 2018, el servicio telefónico de atención gratuita registró 37.396 relatos de violencia física.

De la misma forma, el encuadramiento de la infancia y adolescencia como una vulnerabilidad se justifica, por ejemplo, ante el alto número de jóvenes embarazadas antes de los 18 años, lo que compromete muchas veces la continuidad de la educación formal, además del riesgo para la salud de las niñas que se embarazan cada vez más temprano, muchas de ellas víctimas de violencia sexual en sus familias. Además, los niños y adolescentes son más vulnerables a los problemas derivados de la pobreza y la exclusión social.

En todos los países de América Latina, los grupos indígenas suelen situarse en la parte más pobre de la población. Muchas veces son excluidos de procesos políticos regulares, no poseen formación escolar adecuada y a menudo están involucrados en conflictos de tierras o cuestiones ambientales que amenazan su existencia.

Al igual que las mujeres, pueblos indígenas, niños y adolescentes, la población LGBT representa otro grupo vulnerable a la violencia y violación de derechos, aunque haya habido, desde el punto de vista formal y normativo, algún avance contra la discriminación por motivos de orientación sexual. Es importante señalar que, no hace mucho tiempo, relaciones amorosas y sexuales entre personas

⁴⁴⁹ IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad: manual general de litigio en el sistema interamericano con enfoque diferenciado”, IDH, San José (Costa Rica), 2014, p. 131.

⁴⁵⁰ MDH. Ministério da Mulher, da família e dos direitos humanos. “MDH divulga dados sobre feminicídio”. Disponível em: <<<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contra-as-mulheres>>>. [05-2019].

del mismo sexo eran consideradas crímenes (y en algunos países en el mundo, todavía lo son).

Por supuesto, el avance legal en relación al reconocimiento de derechos de la población LGBT no puede ser desconsiderado (en Brasil y Argentina, por ejemplo, el matrimonio homoafectivo fue legalizado), pero aún se percibe fuertemente el prejuicio contra este colectivo, así como diariamente se notifican ataques violentos contra estas personas y un número preocupante de homicidios cometidos tan sólo en razón de la orientación sexual.

De esta forma, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos reconoce que hay necesidad de atención específica a los litigios estratégicos que involucra a personas insertas en los llamados grupos vulnerables, en la medida en que:

Teniendo en cuenta esa particularidad, el litigio estratégico de casos de pueblos indígenas, mujeres, personas LGBTI, niños, niñas y adolescentes requiere de un enfoque más elaborado para su inserción en contextos más generales, donde el petitorio de la demanda involucre reparaciones más amplias con enfoque de política pública para solicitar la garantía de no repetición de situaciones similares, y/o la reforma de normativa o de prácticas que deben ser modificadas para mejorar el proyecto de vida de las personas y grupos en situación de vulnerabilidad⁴⁵¹.

Algunos casos pueden ser citados como ejemplos de litigios estratégicos que involucra a grupos vulnerables, como por ejemplo la cuestión *Saramaka vs Surinam*, decidida por la CtIDH en noviembre de 2007⁴⁵².

La demanda evidenciaba violaciones de derechos humanos cometidas por el gobierno de Surinam contra la comunidad indígena Saramaka en lo que se refiere a las garantías de uso y goce del territorio tradicionalmente ocupado por la etnia Saramaka, así como por no haber realizado consulta previa cuando da implementación de planes de ocupación y aprovechamiento de las tierras Saramaka para proyectos de desarrollo económico.

La CtIDH entendió que la necesidad de consulta previa es una obligación asumida por el Estado de Surinam, en los siguientes términos:

⁴⁵¹ IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. **Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad**: manual general de litigio en el sistema interamericano con enfoque diferenciado. San José (Costa Rica): IDH, 2014, p. 135.

⁴⁵² CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: <<http://www.cortidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>>. [05-2019].

El Estado debe adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer y garantizar el derecho del pueblo Saramaka a ser efectivamente consultado, según sus tradiciones y costumbres, o en su caso, el derecho de otorgar o abstenerse de otorgar su consentimiento previo, libre e informado, respecto de los proyectos de desarrollo o inversión que puedan afectar su territorio, y a compartir, razonablemente, los beneficios derivados de esos proyectos con el pueblo Saramaka, en el caso de que se llevaran a cabo, en los términos de los párrafos 129 a 140, 143, 155, 158 y 194(d) de esta Sentencia⁴⁵³.

El caso Saramaka vs Surinam es considerado marco en las decisiones de la Corte, y como tal, litigio estratégico, porque influenció no sólo el Estado de Surinam, sino otros, a cumplir la obligación de consulta previa junto a las comunidades tradicionales.

En el caso de la protección de niños y adolescentes, se sabe que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos protege de manera específica a este grupo, considerando que “[...] por las características y condiciones derivadas de su edad, se encuentran en una condición de vulnerabilidad pues hay un grado de dependencia hacia las personas adultas y por eso requieren de cuidados especiales con enfoque diferenciado para desarrollarse de manera plena, garantizando que su vida u otros derechos no corran peligro”⁴⁵⁴.

Aunque hay una amplia legislación respecto a esta protección, la realidad nos muestra que la pobreza extrema, el abandono, malos tratos y violencia, explotación sexual, trabajo infantil y conflictos armados alcanzan de manera aún más dura a niños y adolescentes, y por eso encuadrar casos impactantes de violación de derechos humanos de este grupo es fundamental para fomentar políticas públicas de promoción de la niñez y adolescencia.

Es importante recordar que cuando se trata de litigios que involucran niños y adolescentes, hay definiciones y garantías específicas adoptadas por el SIDH que deben ser consideradas, como las que se encuentran expuestas en la Opinión Consultiva OC 17/2002, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Esta define, por ejemplo, lo que sería el interés superior del menor, los deberes de la familia, de la sociedad y del Estado para con los niños y adolescentes,

⁴⁵³ CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “Relatório n. 43/06”. Casos 12.426 e 12.427, Solução amistosa, Meninos emasculados do Maranhão. Brasil. 15 de março de 2006. Disponível em: <<<https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc>>>. [05-2019]., p. 66.

⁴⁵⁴ IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad: manual general de litigio en el sistema interamericano con enfoque diferenciado”, IDH, San José (Costa Rica), 2014, p. 118.

cuestiones procesales y procedimentales, como la separación excepcional del niño de su familia, y cómo se deben conducir procedimientos judiciales y administrativos en que figuren como partes niños y adolescentes⁴⁵⁵.

Aunque no haya llegado hasta la CtIDH, uno de los casos más conocidos, y justamente por eso considerado como importante precedente de litigio estratégico en lo que se refiere a las cuestiones relativas a niños y adolescentes junto al SIDH, es conocido como "Niños emasculados de Maranhão", que alcanzó una solución amistosa ante la CIDH en 2006. En esta demanda, se presenta primero la desaparición de tres menores, cuyos cuerpos fueron encontrados con señales de tortura, violencia sexual y emasculación de los genitales.

En las alegaciones iniciales las víctimas informan que hubo "retraso injustificado por parte de las autoridades locales en la búsqueda de los niños y que las investigaciones policiales sobre la responsabilidad por los crímenes fueron demasiado largos e ineficaces"⁴⁵⁶. Es evidente en la pretensión de las víctimas que Brasil violó obligaciones asumidas ante la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración Americana, así como ante la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado brasileño en 1990.

Sobre el caso de los niños emasculados, el Informe 43/06, que trae la Solución Amistosa adoptada en el caso, informa que:

As peticionárias alegaram que os dois casos denunciados são parte de um repertório de casos de crianças mutiladas e assassinadas no Estado do Maranhão, divulgados pela imprensa brasileira como “Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão”. Salientaram que somente em abril de 2003, doze anos após o primeiro crime, designou-se uma Força Tarefa composta por autoridades da Polícia Civil, Polícia Federal e Ministério Público para investigar os fatos. Em março de 2004, a Força Tarefa apresentou o provável autor dos crimes, o qual confessou ter assassinado 30 crianças em São Luis do Maranhão e outras 12 em Altamira, no Estado do Pará⁴⁵⁷.

El caso no fue llevado a la Corte, como ya informado, ya que las partes acordaron la solución amistosa propuesta por la Comisión, que entre muchas medidas de protección específica a los niños y adolescentes, determinó al Estado

⁴⁵⁵ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>>. [05-2019].

⁴⁵⁶ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>>. [05-2019], p. 2.

⁴⁵⁷ CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “Relatório n. 43/06”. Casos 12.426 e 12.427, Solução amistosa, Meninos emasculados do Maranhão. Brasil. 15 de março de 2006. Disponible en: <https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc.>>>. [05-2019], p. 3.

brasileño que reconociera su responsabilidad, promoviera el juicio y el castigo de los responsables, efectuara medidas de reparación simbólica y material a los familiares de las víctimas y adoptara medidas de no repetición y enfrentamiento de la violencia contra niños y adolescentes⁴⁵⁸.

En cuanto a las cuestiones de género y orientación sexual, hay un caso enmarcado como litigio estratégico que encamina las dos cuestiones, tal sea el ya mencionado caso *Atala Riffo y niñas Vs. Chile*, finalizado con sentencia de la CtIDH en 2012.

En resumen, el caso se desarrolla a partir del pedido de custodia del padre de tres niñas menores, M., V. y R., interpuesto ante los tribunales de Chile por entender que la orientación sexual de la madre de los niños, Karen Atala Riffo, podría hacer daños a las hijas, ya que ésta ya vivía con su compañera. El caso, iniciado junto al Juicio de Menores de Villarrica, llegó a la Corte Suprema de Justicia de Chile, que concedió al padre de las menores la guardia definitiva, a partir de los siguientes argumentos:

- i) “se ha prescindido de la prueba testimonial, [...] respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores [de edad], desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho”; ii) “el testimonio de las personas cercanas a las menores [de edad], como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja”; iii) la señora Atala “ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva[ba] a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas”; iv) “la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores [de edad] respecto de la cual deben ser protegidas”, y v) “es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan,

⁴⁵⁸ El acusado de las muertes y asesino confeso, Francisco de las Chagas Brito, cumple desde 2004 una pena de prisión en régimen cerrado en el Complejo Penitenciario de Pedrinhas (Maranhão). Las penas por los diversos asesinatos suman más de 100 años de prisión. En relación a las otras medidas, desgraciadamente los índices de violencia sexual y física contra niños y adolescentes en Brasil todavía son números expresivos.

exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”⁴⁵⁹.

En vista de esta decisión y habiendo agotado los recursos internos, el caso fue llevado al SIDH por verificar que el estado de Chile, por medio de su Poder Judicial, permitió tratamiento discriminatorio e interferencia arbitraria en la vida privada de la señora Karen Atala Riffo, tan sólo en razón de su orientación sexual y todo indica que éste fue el principal argumento utilizado por los tribunales chilenos para retirar la custodia de sus hijas.

Por su parte, la CtIDH entendió que Chile violó varios dispositivos relacionados con los derechos humanos al privar a Karen Atala Riffo de la convivencia con sus hijas, y decidió favorablemente la pretensión de la víctima, condenando al Estado chileno. El caso Atala Riffo es muy importante para el enfrentamiento a la intolerancia y la discriminación por motivos de orientación sexual. En general, la decisión de la CtIDH se basa en la exposición excesiva de la vida privada de Karen Atala Riffo, lo que viola el art. 11.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos; de la misma forma, al separar madre e hijas, queda clara la violación de la vida en familia, protegida por el art. 17.1. Entre los más importantes argumentos de la CtIDH para garantizar a Karen Atala Riffo la convivencia con sus hijas es la crítica al concepto de “familia tradicional” utilizada por la decisión del Judicial chileno para sostener una idea limitada de familia, lo que es contrario a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, la cual no favorece ni protege ningún tipo específico de ambiente familiar. La Corte también apuntó que en ningún momento la convivencia de los niños con su madre y compañera le hubieran causado daños físicos o psicológicos, teniendo en cuenta de manera destacada el bienestar y la protección de la infancia, también disposición garantizada por la Convención⁴⁶⁰.

IV. CONCLUSIÓN

No hay como desconsiderar la importancia del litigio estratégico junto a las Cortes internacionales, especialmente la CtIDH; los resultados de una decisión

⁴⁵⁹ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponible en: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>>. [05-2019], p. 3.

⁴⁶⁰ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia. Fondo, reparaciones y costas. Febrero de 2012. Disponible en: <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffo.pdf>>>. [05-2019].

judicial en los litigios estratégicos son importantes para generar cambios institucionales en relación con las políticas públicas, así como establecer nuevos estándares de decisión judicial en los tribunales internos. Para que los impactos sean valorados adecuadamente, se hace necesario un enfoque más allá del resultado personal y concreto de la decisión judicial (la reparación material del daño, por ejemplo).

Para las ONG y asociaciones que trabajan en la construcción y judicialización del litigio estratégico, principalmente cuando grupos vulnerables están involucrados, el mayor desafío es la actuación antes, durante y después de todos los procedimientos ante el SIDH, junto a los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial local, con el objetivo de definir cuál es el mejor conjunto normativo y de actuación capaz de ampliar el resultado individual proveniente de una condena en una determinada situación personal hacia una categoría o grupo de personas en riesgo semejante de violación de derechos.

Hay muchos obstáculos que necesitan ser superados para que se pueda al menos promover el litigio estratégico junto a las Cortes internacionales. La formación de juristas con capacidad y conocimiento sobre el funcionamiento de sistemas internacionales de protección de los derechos humanos es uno de ellos, pasando por los trámites procesales que, aunque necesarios en la mayoría de las veces para que se llegue al SIDH (como el agotamiento de los recursos internos), acaban por desestimular muchos grupos y pretendidos litigantes que ni siquiera inician el procedimiento internacional, además de los costes de la demanda.

Pero el hecho es que los efectos acaban por compensar esas dificultades, y deben servir de estímulo para enfrentarse a los desafíos. La utilización de normativas internacionales en juicios internos no es sino una consecuencia de la publicidad y repercusión de casos decididos por la CtIDH; es evidente que también hay necesidad de valorización del trabajo realizado por instituciones de monitoreo y fiscalización de cumplimiento de reglas asociadas a los derechos humanos, como ONGs y clínicas jurídicas, quienes pueden realizar un trabajo fundamental en la posición de *amicus curiae*.

Finalmente, es muy importante dar máxima visibilidad posible a los resultados de casos considerados como de litigio estratégico, sensibilizando incluso a los medios de comunicación para que se reconozca la importancia de estos casos, no sólo publicando la decisión, sino también propiciando un trabajo de acompañamiento del mismo.

V. REFERENCIAS

AMNESTY, “Litígio estratégico”. Disponível em: <<<https://www.amnesty.org/es/strategic-litigation/>>>. [05-2019].

CARDOSO, E. L. C., “Litígio estratégico e sistema interamericano de direitos humanos”, Fórum, Belo Horizonte, 2012.

CIDH, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, “Relatório n. 43/06”. Casos 12.426 e 12.427, Solução amistosa, Meninos emasculados do Maranhão. Brasil. 15 de março de 2006. Disponível em: <<[CLINICADH, Clínica de Direitos Humanos, Universidade Federal de Minas Gerais. A clínica. Disponível em: <<<https://clinicadh.direito.ufmg.br/index.php/a-clinica/>>>. \[05-2019\].](https://cidh.oas.org/annualrep/2006port/BRSA12426PO.doc.>>. [05-2019].</p></div><div data-bbox=)

CONTRERAS, J. C. G. (Coord), “Litigio estratégico en derechos humanos: modelo para armar”. Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos A.C.: Tehuantepec, 2011.

CORAL-DÍAZ, A. M.; LONDOÑO-TORO, B.; MUÑOZ-ÁVILA, L. M., El concepto de litígio estratégico em América Latina: 1990-2010. Vniversitas. Bogotá (Colombia) n° 121: 49-76, Bogotá, julio-diciembre de 2010.

CORREA, L. M., “Litigio de alto impacto: estrategias alternativas para enseñar y ejercer el Derecho”, Opinión Jurídica, 7(14), 149-162, 2008. Disponível em: << <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/161>>>. [06-2019].

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam”, Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Disponível em: Disponível em: <<http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf>>. [05-2019].

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”. Sentencia. Fondo, reparaciones y costas. Febrero de 2012. Disponível em: <<<http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/atalariffo.pdf>>>. [05-2019].

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Opinión Consultiva OC-17/2002. Condición jurídica y derechos humanos del niño”. Disponível em: Disponível em: <<<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>>>. [05-2019].

IIDH. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, “Acceso a la justicia de grupos en situación de vulnerabilidad: manual general de litigio en el sistema interamericano con enfoque diferenciado”, IDH, San José (Costa Rica), 2014.

MDH. Ministério da Mulher, da família e dos direitos humanos. “MDH divulga dados sobre feminicídio”. Disponível em: <<<https://www.mdh.gov.br/todas-as-noticias/2018/agosto/ligue-180-recebe-e-encaminha-denuncias-de-violencia-contras-mulheres>>>. [05-2019].

LA CUESTIÓN MATRIMONIAL EN LA LEGISLACIÓN VETEROTESTAMENTARIA

DIZ FRANCO, Alejo Manuel

Escuela Internacional de Doctorado – UNED

Seminario Menor A Inmaculada – Ourense

alejo@seminariomenorourense.com

RESUMEN:

El Antiguo Testamento, además de su dimensión religiosa, contiene la historia del Pueblo de Israel, y dentro de esa historia nos encontramos con los usos sociales y la legislación que regulaba su convivencia. El matrimonio, el divorcio y el adulterio ocupan un lugar muy importante dentro de la legislación veterotestamentaria, como intentamos analizar y difundir a través de este trabajo.

Palabras Clave: Matrimonio, Divorcio, Antiguo Testamento, Derecho Mosaico, Derecho Antiguo.

ABSTRACT

The Old testament, besides its religious dimension, contains the history of the People of Israel, and within the history we find the social uses and the legislation that regulated their coexistence. The purpose of this article is to analyze and disseminate the remarkable importance that marriage, divorce and adultery had in the Old Testament legislation.

Key words: marriage, divorce, Old Testament, Mosaical Law, Ancient Law.

1. INTRODUCCIÓN: EL MATRIMONIO Y LA FAMILIA EN EL MUNDO BÍBLICO

Como es de sobra sabido, y hemos expuesto en otras ocasiones, el matrimonio es una institución antigua que regula la relación estable de convivencia entre un hombre y una mujer. Roma no es pionera al hablar de matrimonio, y culturas muy anteriores a ella conocen ya el matrimonio monógamo que Roma nos legará a través de su Derecho. Las sociedades primitivas, antes del nacimiento del Derecho, se organizan en comunidades, siendo el elemento definidor de éstas “el vínculo interpersonal que se genera entre sus miembros debido a que presentan

características comunes o están unidos por los mismos intereses.”⁴⁶¹ He aquí, con mucha probabilidad, la base de la familia; unos mismos intereses, la supervivencia de los unidos por la sangre, característica que los hace grupo.

Nos interesa centrarnos en la base cultural y religiosa que ve nacer el cristianismo, que no es otra que el judaísmo. El testimonio escrito más importante que tenemos de la cultura judaica es la Biblia, el conjunto de libros que nos cuentan la historia del Pueblo de Israel desde la creación del Mundo hasta el nacimiento de Jesucristo. Los textos más antiguos de esta colección de libros, o por lo menos sus fuentes, hay que buscarlos casi un milenio antes del nacimiento de Cristo. Uno de los dos relatos de la creación que aparecen en el libro del Génesis, aproximadamente del 950 a. C., ya nos habla de una pareja estable a la que Yahvé da la orden de constituir una unidad de vida, que suponga entre ellos una ayuda mutua, razón por la que dejarán sus familias de origen.⁴⁶² Si hay una idea clara en el Antiguo Testamento (en adelante AT), es que “Dios comenzó el proceso de revelación bíblica a partir de experiencias religiosas familiares”,⁴⁶³ lo que quiere decir que el desarrollo de este Pueblo, que se manifiesta en la revelación de Yahvé, surge en primera instancia del ámbito familiar.

En los profetas encontraremos el término matrimonio como una imagen alegórica de la Alianza de Yahvé con su pueblo. El profeta Oseas será pionero usando el lenguaje matrimonial para referirse a dicha Alianza: “Entonces me casaré contigo para siempre, me casaré contigo en la justicia y en el Derecho, en la ternura y el amor; me casaré contigo en la fidelidad, y tú conocerás al Señor”.⁴⁶⁴ Este lenguaje hace conocer al hombre lo que Dios quiere de ellos a través de palabras y experiencias que ellos puedan entender, y no sólo eso, sino que usa los términos de las experiencias vitales más entrañables del ser humano, como en este caso la unión conyugal. Por el contrario, y acudiendo también al plano sentimental, el profeta Jeremías hablará de adulterio cuando se quiera referir a la infidelidad de Israel a Yahvé, especialmente los cultos idolátricos a Baal: “Mas como una mujer traiciona a su marido, así me ha traicionado a mí la cada de Israel – dice el Señor.”⁴⁶⁵ Estos son solamente dos ejemplos del lenguaje matrimonial que el AT utiliza

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ de BUJÁN, F., “Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración”, Madrid, 2012, p. 30.

⁴⁶² Cfr. Gen 2, 4b – 25.

⁴⁶³ CARAVIAS, J. L., “Matrimonio y familia a la luz de la Biblia”, Buenos Aires, 1991, p. 10.

⁴⁶⁴ Os, 2, 22-23.

⁴⁶⁵ Jer 3, 20.

para referirse a la relación del Pueblo de Israel con Yahvé.⁴⁶⁶ Por un lado nos habla de la importancia del matrimonio y de la fidelidad reprobando, así mismo, el adulterio, paralelo a la idolatría.

El matrimonio en el discurso bíblico aparece, como no podía ser de otro modo en la forma de pensar del Pueblo judío, en orden a la procreación, ya que la peor desgracia que podía suceder en una familia era la esterilidad. De hecho, uno de los más comunes prodigios que Yahvé opera en los suyos suelen ser el dar la fertilidad a la mujer estéril: tenemos muchos ejemplos, de sobra conocidos: Sara,⁴⁶⁷ Rebeca,⁴⁶⁸ Raquel,⁴⁶⁹ Ana⁴⁷⁰ e Isabel,⁴⁷¹ entre otras. Tal era la importancia que tenía la descendencia dentro del matrimonio y la familia judías, que a veces no tenían problema concibiendo por medio de sus esclavas: así, Abraham tendrá un hijo de la criada de Sara, Agar⁴⁷², así como Jacob tendrá varios de sus hijos con Bahlá y Zilpá, esclavas de sus esposas Raquel y Lía, respectivamente.⁴⁷³ Esta forma de actuar, nos hace constatar que la familia judía, al igual que la romana, distaba mucho, en su concepción, de lo que por familia entendemos hoy. En este caso, los hijos eran un bien de la familia, concebida también por el Pueblo judío como el conjunto de personas y bienes sometidas al poder de un jefe de familia,⁴⁷⁴ y es esta la razón por la que si el padre de familia tiene descendencia con una esclava, al ser esta propiedad de aquél, es hijo legítimo y, por lo tanto, con todos sus derechos como hijo del matrimonio, incluso los hereditarios.⁴⁷⁵ Sirva como ejemplo la expulsión

⁴⁶⁶ Tanto en el profeta Isaías, como en el Cantar de los Cantares, en el libro de los Proverbios, en el Eclesiastés, el libro de Judit, en el de Tobías, encontramos múltiples referencias al paralelismo de esta relación de Yahvé con su pueblo con la experiencia matrimonial en sus múltiples facetas. Isaías se refiere al Pueblo que necesita a Dios como “una mujer abandonada y abatida a quien vuelve a llamar el Señor” (Is 54, 6).

⁴⁶⁷ Gen 16, 1. 18, 9 – 15. 21, 1 – 7.

⁴⁶⁸ Gen 25, 21.

⁴⁶⁹ Gen 29, 31. 30, 1.

⁴⁷⁰ 1S 1, 7 – 20.

⁴⁷¹ Lc 1, 7. 13 – 20.

⁴⁷² Gen 16, 1 – 4.

⁴⁷³ Gen 31, 1 – 24.

⁴⁷⁴ Se estima que en un primer momento la sociedad israelita era matriarcal, es decir, que se transmitían los lazos familiares por vía materna. Ejemplo de ello son los matrimonios de Sara y Abraham o de Tamar y Amnón quienes serían, en ambos casos, hermanos por vía paterna, entendiéndose que la prohibición de casarse entre hermanos que contempla el libro del Levítico hace referencia a los que legalmente son hermanos que, en este caso, de ser una sociedad matriarcal, serían los hermanos por vía materna (Cfr. DÍEZ-MACHO, A., La familia en la Biblia, en *Estudios sobre la familia*, Toledo, 1981, p. 115).

⁴⁷⁵ “La autoridad del padre se extiende a su mujer, sus hijos, sus nietas, sus siervos y a toda la familia, y si él es el jefe, su autoridad se extiende a la tribu. Muchos de los árabes beduinos de este tiempo no tienen otro gobierno más que el patriarcal. Cuando Abraham, Isaac y Jacob vivían en

de Ismael y su madre, la esclava Agar, del hogar de Abraham, al ver la esposa de éste peligrar la herencia de su hijo Isaac, nacido después del hijo de la esclava. La familia de sangre, pues, lo era solamente de los varones, ya que las hijas pasaban a formar parte de la familia del esposo una vez se casaban. Muestra de ello es la despedida que da Ragüel a su hija Sara cuando ésta parte de la casa paterna: “Ve a casa de tu suegro. Desde ahora ellos son tus padres, como los que te hemos dado la vida. ¡Ojalá puedas honrarlos mientras vivan!”⁴⁷⁶ El hijo fundaba su propio hogar cuando se casaba, pero lo que realmente creaba era una pequeña comunidad doméstica dentro de un ámbito de jurisdicción más grande, que era la del patriarca. Éste sería el varón mayor de la familia o su primogénito y gobernaba sobre la, generalmente, muy amplia familia, en la que estarían los hijos casados, sus mujeres e hijos, las hijas solteras y los siervos y esclavos.⁴⁷⁷ Esta estructura patriarcal no debe llamar nuestra atención, ya que desde el principio del relato bíblico está claro cuál es el puesto de cada uno. La alegría del marido al encontrar como regalo de Yahvé a una compañera para su vida cotidiana, no resta ni un ápice de importancia a la supremacía de aquél sobre ésta, ya que, como podemos comprobar en el relato de la creación,⁴⁷⁸ al varón se le presenta a la mujer como “una ayuda adecuada” y es él mismo quien, a semejanza de lo que hizo anteriormente con los animales que Yahvé le va presentando, le pone nombre a ésta y lo justifica, ya que proviene del hombre.⁴⁷⁹ Estas amplias familias, unidas a otras con las que tuviesen vínculos de sangre, constituían los clanes del Pueblo de Israel.⁴⁸⁰

1. La legislación matrimonial

tiendas en la Tierra Prometida, se gobernaban por el mismo sistema. Y cuando la ley de Moisés fue dada a Israel, la autoridad de los padres y específicamente la del padre, aún se reconocía.” (Fred H. WIGHT, “Usos y costumbres de tierras bíblicas”, Michigan, 1999, p. 95).

⁴⁷⁶ Tb 10, 12.

⁴⁷⁷ Cfr. SCHWARTZ RODACKY, M., “Los amores en la Biblia”, Madrid, 1997, pp. 129 s.

⁴⁷⁸ Gn 2, 23.

⁴⁷⁹ La capacidad del hombre de designar el nombre de los animales no es un capricho, sino que, al darles nombre, está también estableciendo él mismo el grado de compañía que éstos representarán para él. El nombre con que el varón designará a los animales y, en el caso que nos ocupa, a su compañera muestra, muestran la toma de posesión del mundo por parte del varón. (Cfr. ALONSO SCHÖKEL, L., “Símbolos matrimoniales en la Biblia”, Navarra, 1997, pp. 40 s.)

⁴⁸⁰ Existe un muy claro paralelismo entre la concepción judía y la romana de la familia, ya que todo gira en torno al poder omnímodo del *paterfamilias* en ambos casos: “en la sociedad israelita familiar, el “paterfamilias” tenía poderes absolutos, con el poder de vender a sus hijos, aunque no de matarlos. Era el *baal* de su esposa. Podía entregar en prenda a sus hijos y “vender” a su hija si no podía darle la dote conveniente, si bien exigiendo que fuera esposa de segundo orden. Los votos de los hijos menores sólo tenían valor bajo la aprobación implícita o explícita de su padre y, la hija, para casarse, necesitaba del consentimiento del padre [...]” (GARCÍA CORDERO, M., “Teología de la Biblia”, Madrid, 1970, p. 644).

Como ha quedado reflejado, el matrimonio surge como cuestión de hecho antes de que exista una legislación que la regule. A este respecto, creo conveniente hacer más las palabras de Antonio Fernández de Buján cuando afirma que

el matrimonio como toda institución que tiene una tradición de siglos es un producto histórico. Constituye la expresión, en cada época, de una moral y de unos usos sociales, en la que se reflejan, si bien en una mayor medida en unas etapas que en otras, las tensiones, equilibrios, resistencias y oscilaciones, que las nuevas realidades o los cambios de mentalidad en una parte del universo social producen en la valoración intrínseca de la institución, así como en el juego de fuerzas contrarias que aspiran a su conservación o remodelación.⁴⁸¹

Que el matrimonio y la familia son instituciones sociales son hechos evidentes, pero resulta curioso que, ya en la Antigüedad, mucho antes del nacimiento del Derecho romano, se intentaran regular de forma sistemática las relaciones interpersonales que hoy en día conocemos como familia, dentro de la cual nacería el matrimonio, también de forma natural y previa al Derecho.

Además de las costumbres que la Biblia nos relata acerca del matrimonio y del divorcio, nos encontramos con una abundantísima legislación que regula múltiples aspectos de éstos. Es necesario afirmar, para comenzar, que la Biblia – sobre todo sus cinco primeros libros –⁴⁸² es un libro que contiene un Derecho muy desarrollado, aunque no codificado. La vida del judío va a estar regulada por una cantidad muy importante de normas que aparecen, fundamentalmente, en los libros del Éxodo, Levítico, Números y Deuteronomio, amén de la legislación rabínica, que excede los límites de este estudio. Tan importante es la Ley para el judío, que su práctica religiosa se basa en el cumplimiento minucioso de la misma, siendo más agradable a Dios la persona que cumple la Ley de manera más exacta.⁴⁸³ De hecho, la historia que acompaña a esta obra legislativa, se convierte en un hilo conductor con fines pedagógicos para que el judío fiel pueda observar los beneficios del cumplimiento de la Ley.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ FERNÁNDEZ de BUJÁN, A., “Derecho privado romano”, Madrid, 2017, p. 254.

⁴⁸² Los cinco primeros libros de la Biblia llevan por nombre Torah, cuyo significado es Ley. La exégesis bíblica divide todo el Derecho contenido en los primeros cinco libros de la Biblia en seis códigos, pero por su contenido, no porque se trate de un Derecho codificado: Código de la Alianza, Código cultural, Código deuteronomico, Decálogo, Código de santidad y Código sacerdotal. Los dos primeros están datados en el siglo IX a. C., mientras que los últimos, en los siglos VI y V a. C.

⁴⁸³ Cfr. VEGAS MONTANER, L., La Ley en el Antiguo Israel, *Ilus.* “Revista de ciencias de las religiones. Anejos”, 2004, XI, pp. 119 – 141.

⁴⁸⁴ Cfr. VILLORO TORANZO, M., “El Derecho hebreo según el Antiguo Testamento”, *Jurídica*, 1, 1979, pp. 207-220.

En cuanto a la legislación matrimonial, encontramos numerosas situaciones que afectan a esta institución reguladas por el Derecho mosaico. En primer lugar, cabría destacar que el matrimonio es, por lo menos en un primer momento, un contrato entre jefes de familias. Tenemos ejemplo de ello en el libro del Génesis, cuando el criado de Abraham, en nombre de éste, viaja a Padan Aram en busca de una esposa para su hijo. Al llegar allí, negocia el matrimonio con Batuel y Labán, padre y hermano de Rebeca, respectivamente.⁴⁸⁵ Es probable que el esposo tuviese algo de iniciativa para poder elegir esposa, al contrario que ésta, como deja entrever el episodio de los matrimonios de Jacob, siendo él quien negocia su matrimonio con Labán, padre de Lía y Raquel.⁴⁸⁶ De todas formas, la iniciativa del esposo a la hora de elegir esposa es limitada y no es muy acertado hablar, por lo menos en los primeros momentos, los de la legislación matrimonial, de un matrimonio basado en el amor romántico, que no encontraremos en la Biblia hasta, posiblemente, la redacción del libro del Cantar de los cantares, en el siglo IV. De hecho, los casos en los que encontramos iniciativa por parte del varón para tomar esposa, se trata más de un encaprichamiento, que de un enamoramiento.⁴⁸⁷ Existe algún ejemplo en la Biblia de matrimonios que surgen del deseo de los esposos, pero por los datos que poseemos, podemos concluir que se diese solamente en las esferas más bajas de la sociedad y que se produjese el enamoramiento en un ámbito laboral común, como puede ser el caso de Moisés con Séfora – quien estaba trabajando, junto con sus hermanas, sacando agua del pozo para dar de abreviar al ganado, para su padre –⁴⁸⁸ o el caso de Booz con Ruth, quien llama la atención de su futuro marido cuando estaba recogiendo espigas en el campo.⁴⁸⁹ Pero lo usual va a ser el contrato entre familias, o entre jefes de familias, que tiene carácter civil, no existiendo ceremonias religiosas para celebrarlo no siendo necesaria, tampoco, la intervención sacerdotal.⁴⁹⁰

⁴⁸⁵ Gn 24, 28 – 50.

⁴⁸⁶ Gn 29, 15 – 21.

⁴⁸⁷ Ejemplo paradigmático de capricho por la mujer que se quiere tomar esposa es Tamar, quien llega a usar incluso la violencia para satisfacer su caprichoso deseo. Casos como los de Sansón, Siquén o David no hacen más que reforzarnos en esta idea, ya casos en los que podamos encontrar algo aproximado a lo que hoy conocemos por amor, no los encontraremos hasta llegar a los libros más recientes del AT, como son los de Rut, Tobías, Judit y Daniel, con las historias del matrimonio de Boaz con Ruth, de Tobías con Sara, el enamoramiento de Holofernes de Judith y el matrimonio de Sara con Joaquín, respectivamente. (Cfr. ALONSO SCHÖKEL, L., *op. cit.*, pp. 48 s.)

⁴⁸⁸ Ex 2, 16 – 21.

⁴⁸⁹ Rt 2, 3 – 17.

⁴⁹⁰ Cfr. RIVERA SABATÉS, V., “El matrimonio según la Biblia”, *Foro*, Nueva época, 13/2011, pp. 190 – 192.

Parta la iniciativa familiar del padre del novio o del novio mismo, o incluso del padre de la novia, es norma común que la iniciativa sea siempre masculina. Tanto es así que existe un tipo de matrimonio muy peculiar, el matrimonio *errebu*, que regula qué sucede cuando un padre no tiene descendientes varones y quiere conservar su patrimonio dentro de su propia familia: en este caso, el padre de la novia adoptaría al marido de su hija heredera, pasando él a convertirse en heredero, siendo a partir de ese momento hijo a todos los efectos del padre de la novia, pasando a la muerte de su suegro a ostentar su puesto de padre de familia. Así, en la genealogía del Primer libro de las Crónicas, en la que se parte de los hijos de Israel, encontramos el caso de Sesán, que no tiene hijos pero sí hijas, por lo que casa a un esclavo suyo con una de sus hijas, y así la genealogía sigue por el esclavo Yarjá.⁴⁹¹ En el libro de Esdras encontramos la siguiente afirmación: “Y entre los sacerdotes, los descendientes de Jobayas, Hacós y Barzilay, que se casó con una hija del galaadita Barzilay y tomó su nombre.”⁴⁹² Vemos, pues, que este matrimonio *errebu* es una forma de matrimonio bastante extendido, y nos podríamos remontar al Éxodo, ya que el mismo Moisés contrae matrimonio siguiendo esta modalidad.⁴⁹³

El matrimonio es libre entre judíos, aunque no faltan admoniciones en abundantes pasajes de la Escritura que animan a contraer matrimonio bien entre parientes, bien entre miembros del mismo clan, bien entre miembros de la misma tribu:

Para casarte, busca primero una mujer de tu familia; no te cases con una que no sea de nuestra tribu, porque somos hijos de profetas. Recuerda, hijo, que ya antiguamente nuestros antepasados, Noé, Abrahán, Isaac y Jacob tomaron esposas de entre sus parientes, y recibieron la bendición de los hijos, y su descendencia heredará la tierra.⁴⁹⁴

Este fragmento del libro de Tobías no deja de ser una recomendación, ya que sabemos que, dentro del Pueblo judío, existe libertad absoluta para elegir cónyuge, como nos lo demuestran las dos siguientes disposiciones, que regulan la obligatoriedad de contraer matrimonio con alguien concreto o con alguien perteneciente a un grupo concreto: aquellas mujeres solteras que, por orfandad, no estén sujetas a la autoridad de un jefe de familia, no teniendo tampoco hermanos varones que ostenten dicho *status*, tienen la obligación de tomar por esposo al

⁴⁹¹ 1Cr 2, 34 – 35.

⁴⁹² Esd 2, 61.

⁴⁹³ Ex 2, 21.

⁴⁹⁴ Tb 4, 12b – 13.

varón que ellas elijan, con la condición de que sea alguien de su parentela próxima o alguien que pertenezca a los clanes de la tribu de su padre.⁴⁹⁵ El segundo caso donde se limita la libertad para casarse es cuando una mujer queda viuda y sin descendencia, estando obligado su cuñado soltero a tomarla por esposa, según la institución del Levirato.⁴⁹⁶

Donde no existe ningún tipo de libertad a la hora de escoger cónyuge, es si se pretende hacerlo con alguien ajeno al Pueblo Elegido: los matrimonios mixtos están expresamente prohibidos, además de considerarse una deshonra para la familia y estar mal vistos a nivel social, existiendo una norma clara que así lo dispone: “Cuando el Señor, tu Dios, te introduzca en la tierra donde entras, para tomar posesión de ella, y expulse a tu llegada a naciones más grandes que tú [...] no emparentarás con ellos: no darás tus hijos a sus hijas ni tomarás sus hijas para tus hijos.”⁴⁹⁷ El matrimonio mixto está mal visto a los ojos de Yahvé, y es por esa razón que, en el caso de que el matrimonio se haya llevado a cabo, la parte pagana no será admitida dentro del Pueblo Elegido, como manifiesta claramente, el libro del Deuteronomio: “No se admite en la asamblea del Señor ningún amonita ni moabita, ni siquiera en su décima generación.”⁴⁹⁸ No podemos pasar por alto el dato de que, ya en el libro del Éxodo, cuando los Israelitas se van cruzando con pueblos extranjeros – amorreos, cananeos, hititas, perizitas, heveos y jebuseos - en su peregrinar hacia la tierra prometida, Yahvé les dictamina por medio de Moisés que no tomen las hijas de estos pueblos para los propios hijos, ya que se corre el riesgo de que, a causa de estos matrimonios, los hebreos prostituyan su alma adorando a dioses extranjeros.⁴⁹⁹

Existe una institución en el AT, recogida en el libro del Levítico,⁵⁰⁰ denominada *goel*, que significa rescate. Consiste dicha institución en que cuando alguien cae en desgracia, y por ello se ve obligado a vender su propiedad o parte de ella,

⁴⁹⁵ Nm 36, 6.

⁴⁹⁶ “Si dos hermanos viven juntos y uno de ellos muere sin hijos, la viuda no saldrá de casa para casarse con un extraño; su cuñado se casará con ella y cumplirá con ella los deberes legales de cuñado; el primogénito que nazca continuará el nombre del hermano muerto, y así no se borrará su nombre en Israel. Pero si el cuñado se niega a casarse, la cuñada acudirá a las puertas, a los ancianos, y declarará: Mi cuñado se niega a transmitir el nombre de su hermano en Israel; no quiere cumplir conmigo su deber de cuñado. Los ancianos de la ciudad lo citarán y procurarán convenirlo; pero si se empeña y dice que no quiere tomarla, la cuñada se le acercará, en presencia de los ancianos, le quitará una sandalia del pie, le escupirá en la cara y le responderá: Esto es lo que se hace con un hombre que no edifica la casa de su hermano.” (Dt 25, 5 – 10).

⁴⁹⁷ Dt 7, 1 – 3.

⁴⁹⁸ Dt 23, 4.

⁴⁹⁹ Ex 34, 15 – 17.

⁵⁰⁰ Lv 25, 25.

su pariente más cercano tiene la obligación, si tiene la capacidad económica y/o patrimonial para ello, de comprar lo que por necesidad vende su pariente para salir en su rescate y que, a la vez, esos bienes no desaparezcan de la familia. El caso de Rut nos da testimonio que en el rescate entra también la muchacha soltera que haya heredado y se haya empobrecido: Noemí cae en desgracia al morir su esposo y sus hijos, quedando a cargo de ella Rut, su nuera. Cuando Booz, pariente de Rut, ejerce el rescate sobre las tierras de Noemí, la toma a ella también por esposa, “con el fin de conservar el apellido del difunto [marido] en su heredad”.⁵⁰¹

Encontramos también dos normas con carácter disuasorio con respecto al matrimonio. Se trata de evitar que los varones abusen de mujeres indefensas y, en caso de que lo hagan, deberán contraer matrimonio con ellas. En primer caso es el de la cautiva de guerra: como era común en los pueblos de la Antigüedad el tomar cautivos de guerra y hacerlos esclavos, éstos perdían todos los derechos y las mujeres eran comúnmente violadas. Por esta razón, la legislación mosaica exige a quien se sienta atraído por una cautiva de guerra que, si desea mantener relaciones sexuales con ella, deberá tomarla por esposa y, en caso de querer divorciarse más tarde de ella, no la podrá vender, ya que no será ya una esclava, sino la esposa de un israelita.⁵⁰² El segundo caso en el que un varón está obligado a casarse con una mujer es en caso de violación: “Si uno encuentra a una joven soltera, la agarra y se acuesta con ella y los sorprenden, el hombre que se acostó con la joven dará a su padre cincuenta monedas de plata y tendrá que aceptarla como mujer por haberla violado, no podrá despedirla en toda su vida.”⁵⁰³

En el libro del Levítico nos encontramos con los impedimentos matrimoniales, consistentes en este caso en la prohibición absoluta del incesto. Por la gravedad del asunto, encontramos una especificación muy detallada de todos los casos en los que las uniones sexuales se consideran incesto y en las que, por lo tanto, no es posible contraer matrimonio:

Nadie se acercará a un pariente para tener relaciones sexuales con él. Yo soy el Señor. No tendrás relaciones con tu madre. Es de tu padre y es tu madre; no tendrás relaciones con ella. No tendrás relaciones con la concubina de tu padre. Es carne de tu padre. No tendrás relaciones con tu hermana, por parte de padre o de madre, nacida en casa o fuera. No tendrás relaciones

⁵⁰¹ Rt 4, 4 – 6.

⁵⁰² “Cuando salgas a la guerra contra tu enemigo y el Señor, tu Dios, te lo entregue en tu poder y hagas cautivos, si ves entre ellos una mujer hermosa, te enamoras de ella y quieres tomarla por mujer, la llevarás a tu casa, [...] te unirás a ella, serás su marido y ella será tu mujer. Si más tarde deja de gustarte, la dejarás irse, si quiere, pero no la venderás; no hagas negocio con ella después de haberla humillado.” (Dt 21, 10 – 15).

⁵⁰³ Dt 22, 28 – 29.

con tus nietas. Son tu propia carne. No tendrás relaciones con la hija nacida a tu padre de su concubina. Es tu hermana. No tendrás relaciones con tu tía paterna. Es de la sangre de tu padre. No tendrás relaciones con tu tía materna. Es de la sangre de tu madre. No ofenderás a tu tío, hermano de tu padre, teniendo relaciones con su mujer. Es tu tía. No tendrás relaciones con tu nuera. Es mujer de tu hijo; no tendrás relaciones con ella. No tendrás relaciones con tu cuñada. Es carne de tu hermano. No tendrás relaciones con una mujer y con su hija, o con dos primas hermanas. Son de la misma sangre; es aborrecible. No tomarás a la vez a una mujer y a su hermana, creando rivalidades al tener relaciones también con ella, mientras vive la otra.⁵⁰⁴

Otro impedimento matrimonial concierne solamente a los sacerdotes. Como ya hemos indicado, el matrimonio entre judíos era libre, y no había problemas por tomar como mujer a una viuda o a una mujer repudiada, pero el sacerdote tiene obligación de tomar por esposa solamente una mujer virgen, ya que así lo establece la ley de Moisés: “Tomará por mujer una virgen. No tomará por mujer una viuda, repudiada, violada ni prostituta, sino una virgen de su pueblo.”⁵⁰⁵ Tiene especial importancia en esta medida el tema de la pureza, capital en la moral y el Derecho del Pueblo de la Alianza. Sin poder detenernos a profundizar sobre el tema, cabe destacar que lo que agrada a Yahvé es considerado puro y lo que no, impuro. Los innumerables preceptos morales que Israel deberá cumplir para agradar a Dios, girarán siempre en el dualismo de lo puro y lo impuro.⁵⁰⁶

La mujer soltera que pretenda casarse debe mantener su virginidad hasta el momento del matrimonio, ya que en el libro del Deuteronomio se sostiene que si el marido en la noche de bodas acusa a su esposa de no ser virgen y está en lo cierto, ésta será condenada a morir lapidada por los hombres del pueblo.⁵⁰⁷ Es cierto que no existe ningún fragmento en la legislación mosaica que exija

⁵⁰⁴ Lv 18, 6 – 19.

⁵⁰⁵ Lv 21, 13 – 14.

⁵⁰⁶ La pureza en el AT, condicionada por la idea de santidad de Yahvé, determina como impuro todo aquello relacionado con los cultos paganos, y se trataría de la impureza ritual que impediría el contacto con Yahvé. Así mismo constituyen impureza determinadas prácticas sexuales, el contacto con cadáveres, la efusión de sangre y la enfermedad. (Cfr. BAUER, J. B., en BAUER, J. B., *Enciclopedia de Teología bíblica*, Barcelona, 1967, s. v. “Puro e impuro”); así mismo, la pureza clasifica a la comunidad y vida cotidiana según orden y desorden, y los capacita o incapacita para la vida comunitaria, siendo de capital importancia para el contacto con la divinidad. Es posible liberarse de la impureza de manera ritual (Cfr. SEILD, T., en KASPER, W., *Diccionario enciclopédico de exégesis y teología bíblica, Tomo II*, Barcelona, 2011, s. v. “Pureza”). La pureza proviene, como muchas otras ideas, de religiones anteriores de pueblos vecinos, y muchas veces tiene como finalidad diferenciarse de otras culturas a través de diferentes criterios éticos y morales. (Cfr. KOGLER, F., et al., en “Diccionario de la Biblia”, Bilbao, 2012, s. v., “puro/impuro/impureza”).

⁵⁰⁷ Dt 22, 20 – 21.

explícitamente que la mujer debe llegar virgen al matrimonio, pero esta norma habla por sí sola, lo mismo que el precepto inmediatamente anterior, que establece que si el marido la acusa injustamente de no ser virgen, deberá pagar a la familia de ella una multa de cien siclos de plata y deberá permanecer con ella toda la vida, no pudiendo repudiarla bajo ningún motivo. La importancia de esta norma es capital, pues, el no cumplir con ella lleva como consecuencia la pena de muerte.

Por un texto del libro del Deuteronomio, entendemos que el matrimonio era algo considerado como positivo para el Pueblo de Israel, ya que existen incentivos para el varón que contraiga matrimonio: “Si uno es recién casado, no está obligado al servicio militar ni a otros trabajos públicos; tendrá un año de licencia para disfrutar en casa con la mujer con quien se ha casado.”⁵⁰⁸ Es muy probable que, dada la importancia que tenía la descendencia en el mundo veterotestamentario, la finalidad de estas exenciones tuviera como finalidad el asegurar una descendencia a la familia lo antes posible.⁵⁰⁹

Una de las finalidades de la reunión entre los jefes de familia a la hora de concordar un matrimonio, es la estipulación del *mohar* y de la dote. El primero es el precio que paga el padre del novio al de la novia, por la pérdida económica – por ser mano de obra para la casa – que supone la marcha de la hija del núcleo familiar. Ya hemos visto un ejemplo de *mohar*, el que exige el Deuteronomio a aquel que viole a una mujer, consistiendo en 50 siclos al padre de la misma.⁵¹⁰ Se trata del único caso en el que el mohar viene estipulado por la legislación mosaica, pero sabemos que el siervo de Abraham, cuando va a casa de Batuel a pedir a Rebeca en matrimonio, lleva consigo diez camellos cargados de “las cosas mejores de su señor”,⁵¹¹ que, sin duda, serían para pagar el *mohar*. Así mismo, vemos que el profeta Oseas paga por su segundo matrimonio 15 siclos de plata y carga y media de cebada,⁵¹² que bien se podría interpretar como el *mohar*.

La dote la aportaba el padre de la novia a ésta, para que entrase a formar parte del patrimonio de los que se iban a casar. En los relatos bíblicos encontramos multitud de ejemplos de entrega de dotes, que no siempre consisten en una cantidad económica, sino que las más de las veces, se tratan de esclavos o tierras. El primer ejemplo lo encontramos en las esposas de Jacob, a quienes su padre Labán

⁵⁰⁸ Dt 24, 5.

⁵⁰⁹ Cfr. CAÑELLAS ORPINELL, G., “El matrimonio: praxis del judaísmo bíblico”, Biblia y Fe, 36, 1986, p. 281.

⁵¹⁰ Dt 22, 29a.

⁵¹¹ Gn 24, 10.

⁵¹² Os 3, 2.

les da como dote una esclava a cada una.⁵¹³ Un ejemplo de tierras lo encontramos en Acsá, que recibe de su padre Caleb como dote el desierto del Negueb y dos fuentes.⁵¹⁴

Es preciso aclarar que el pago del *mobar* y de la dote, se llevaban a cabo en el momento de la formalización del contrato nupcial, y no en el momento de la boda, que avendría bastante tiempo después, en la mayoría de los casos. No encontramos hasta el libro de Tobías constancia clara de contrato matrimonial por escrito,⁵¹⁵ pero sí que es muy probable que existiese desde antes y, sin duda alguna, antes del contrato por escrito existiría un contrato verbal, ya que las palabras “recíbela conforme al Derecho y a lo prescrito por la ley de Moisés”, nos dan a entender que había alguna formalidad exigida cerrar el trato entre los jefes de los clanes familiares, máxime si tenemos en cuenta que, como ya hemos indicado, pasa un tiempo considerable entre los desposorios o formalización del contrato y la boda.⁵¹⁶

Una vez pasado el tiempo previsto, en el que le hubiera dado tiempo al esposo a preparar la casa en la que vivirían, los esposos pasaban a vivir en la misma morada, hecho que se celebraba con un banquete y una fiesta de varios días. Como ya hemos indicado, no existían ceremonias religiosas o vinculadas a la intervención del sacerdote, razón por la cual solamente encontramos en la Biblia relatos que nos indican cómo fue la celebración de determinadas bodas, pero no existe una legislación que regule la ceremonia.

Existen muchos casos en el AT que nos dan testimonio de la existencia de la poliginia en el Pueblo de Israel. El primer caso que encontramos en la Biblia es el de Lamec, tataranieto de Caín, de quien el libro del Génesis nos dice que “tomó dos mujeres: una llamada Ada y otra llamada Sila”.⁵¹⁷ Que esta práctica era común lo confirma la historia de Jacob, cuando su suegro Labán le dice que “no es costumbre en nuestro lugar dar la pequeña antes de la mayor. Termina esta semana y te daré también la otra en pago de que me sirvas otros siete años.”⁵¹⁸ Es frecuente, pues, ver este tipo de casos, y no solamente en los primeros libros de la

⁵¹³ Gn 29, 24. 29.

⁵¹⁴ Jc 1, 14 – 16.

⁵¹⁵ “Ragüel le tomó la mano y se la entregó a Tobías, con estas palabras: —Recíbela conforme al derecho y a lo prescrito en la ley de Moisés, que manda dártela por esposa. Tómala y llévala sana y salva a la casa de tu padre. Que el Dios del cielo os dé paz y bienestar. Luego llamó a la madre, mandó traer papel y escribió el acta del matrimonio: Que se la entregaba como esposa conforme a lo prescrito en la ley de Moisés.” (Tb 7, 13 – 14)

⁵¹⁶ Cfr. RIVERA SABATÉS, V., op. cit., p. 191.

⁵¹⁷ Gn 4, 19.

⁵¹⁸ Gn 29, 26 – 27.

Biblia, sino que personajes como Sansón o David, practicaron la poligamia de una manera verdaderamente atroz.⁵¹⁹ Otros monarcas bíblicos, menos conocidos, también practican la poliginia, como Roboam, quien tuvo dieciocho mujeres;⁵²⁰ Abías, que tuvo catorce;⁵²¹ y, finalmente, Sedecías, de quien no sabemos el número exacto pero, por decir el texto “a todas tus mujeres y a todos tus hijo”, suponemos que el número no era insignificante.⁵²² No encontramos legislación en el AT que avale la legitimidad de la poliginia, pero sí nos encontramos un precepto deuteronomista en el que se da por hecho la poligamia y por lo tanto, es evidente que se reconoce como situación de hecho y se acepta. Dice así:

Si uno tiene dos mujeres, una muy querida y otra menos, y las dos, la más querida y la otra, le dan hijos, y el primogénito es hijo de la menos querida, al repartir la heredad entre los hijos no podrá enriquecer al hijo de la primera a costa del hijo de la segunda, que es el primogénito, reconocerá al primogénito, hijo de la menos querida, dándole dos tercios de todos sus bienes, porque es la primicia de su virilidad y es suya la primogenitura.⁵²³

Esta norma, que da los derechos hereditarios al primero de los hijos nacidos, independientemente de quien sea su madre, así como la multitud de ejemplos de polígamos que encontramos en la Biblia,⁵²⁴ nos hacen llegar a la conclusión de que el matrimonio, aunque muy probablemente fuese idealmente monógamo,⁵²⁵

⁵¹⁹ Del primero sabemos que tuvo setecientas esposas y trescientas concubinas (1Re 11, 3), mientras que del segundo solamente sabemos que tuvo ocho esposas que aparecen en la Biblia (Cfr. 1Sm 18, 17 – 27; 25, 36 – 42; 1Cr 3, 1 – 5; 2Sm 11). Estos datos son referentes a las esposas que tuvo en Hebrón, y alguna de las que tuvo en Jerusalén, pero sabemos que faltan nombres de esposas con las que tuvo hijos en Jerusalén, así como de sus muchas concubinas: “David tomó en Jerusalén otras esposas y engendró más hijos e hijas. Nombres de los hijos que tuvo en Jerusalén: Samúa, Sobab, Natán, Salomón, Yibjar, Elisúa, Elpálet, Nogah, Néfeg, Yafia, Elisamá, Belyadá y Elifálet.” (1Cr 14, 3 – 7); “Después que vino de Hebrón, David tomó en Jerusalén otras concubinas y esposas, que le dieron más hijos e hijas. Los nombres de los hijos que tuvo en Jerusalén son: Samúa, Sobab, Natán, Salomón, Yibjar, Elisúa, Néfeg, Yafia, Elisamá, Elyadá y Elifálet. (2Sm 5, 13 – 16).

⁵²⁰ 2 Cr 11, 21.

⁵²¹ 2 Cr 13, 21.

⁵²² Jer 38, 23.

⁵²³ Dt 21, 15 – 17.

⁵²⁴ Además de los ya citados, podemos nombrar a Esaú, quien se casó con, al menos, cuatro mujeres (Gn 28, 9; 36, 1 – 3); Gedeón tuvo más de setenta hijos con muchas mujeres (Jc 8, 30); Roboam, amén de sesenta concubinas, y no llegando al nivel de su padre Salomón, contrajo matrimonio con 18 mujeres (2Cr 11, 18 – 21); Elcaná, padre de Samuel, es bígamo, casado con Ana y Feniná (1 Sm 1, 2).

⁵²⁵ Aunque no exista en todo el AT un posicionamiento firme a favor de la monogamia o en contra de la poligamia, el uso del singular en los textos de la creación de los primeros humanos (Gn 1, 27; 2, 8. 15. 24) y el elogio de la mujer como bendición para el esposo en los libros sapienciales (Eclo

no lo era en la práctica, por lo que la legislación veterotestamentaria lo contempla regulando sus consecuencias. La mentalidad israelita acerca de la familia y el valor de la descendencia, como ya hemos explicado, pasa por encima de instituciones como el matrimonio monógamo, ya que – aunque la monogamia ofreciese más ventajas – ante una situación de esterilidad o infertilidad, cualquier medio se convertía en lícito con tal de poder perpetuar la propia stirpe.

1.2. El divorcio

La legislación mosaica es clara con respecto al tema del divorcio. Existe una norma en el libro del Deuteronomio que afirma que “Si uno se casa con una mujer y luego no le gusta, porque descubre en ella algo que le desagrada, le escribe el acta de repudio, se la entrega y la echa de casa”.⁵²⁶ Este breve precepto nos da varios datos para poder analizar la ruptura de un matrimonio en el mundo del AT. En primer lugar, cabe decir que el divorcio es siempre una decisión unilateral del esposo, que es el único que tiene capacidad de extender el libelo de repudio a su esposa. La mujer, hasta la llegada del Derecho romano, no podrá nunca tomar la iniciativa de divorciarse de su marido.⁵²⁷ Una segunda cuestión a tener en cuenta es que el divorcio, según esta norma, no requiere de razones objetivas para llevarse a cabo, ya que la premisa de “si encuentra en ella algo que le desagrada” hace que cualquier razón permita un divorcio, aunque haya quien afirme que se refiere a alguna tara física o psíquica, no cabe la más menor duda de que el divorcio era libre.⁵²⁸ De hecho, el repudio “es una expresión usual en el Derecho para significar

26, 1 – 4; Ecl 9, 9), así como el ejemplo de virtud de matrimonios monógamos en el libro de Tobías, nos hacen pensar en que el matrimonio ideal del Pueblo de la Alianza es el monógamo. (Cfr. SCHWARTZ RODACKY, M., “Los amores en la Biblia”, op. cit., pp. 165 – 168). Así mismo, la interpretación de los textos creacionales del libro del Génesis, nos dan a entender que en la mente del Creador el ideal de pareja es la monógama, ya que expresiones como “serán los dos una sola carne” (Gn 2, 24) o “vamos a proporcionarle una ayuda semejante” (Gn 2, 18) se pueden interpretar como un llamamiento a la unión de un solo hombre con una única mujer, entendiéndose otras formas de unión como consecuencia del pecado deliberado de los primeros seres humano. (Cfr. ANDREU RODRIGO, A., en “Enciclopedia de la Biblia”, Barcelona, 1969, s. v. “Matrimonio”, pp. 1379 s.)

⁵²⁶ Dt 24, 1.

⁵²⁷ Cfr. DIZ FRANCO, A. M., “El repudio de Salomé, ejemplo de “vigencia” social del Derecho romano”, en la corte herodiana, Revista General de Derecho Romano, 26, 2016, pp. 7 – 18.

⁵²⁸ Existe una ya clásica discusión entre dos escuelas rabínicas, Sammay y Hillél, sobre cuál es la causa justa que justifique el divorcio. La primera de las escuelas afirma que el divorcio solamente estaba permitido en casos de adulterio o de mala conducta, mientras que la segunda autorizaba el divorcio *qualumque causa*. (Cfr. GERRITZEN, F. B., en “Enciclopedia de la Biblia”, op. cit., s. v., “divorcio”, p. 972).

el rechazo de la propia mujer, lo mismo que el rechazo del Derecho o de la injusticia,⁵²⁹entendiendo que la propia mujer puede ser rechazada sin demasiados miramientos.

Prueba de ello es que la mujer que ha recibido acta de repudio y ha sido expulsada de su hogar conyugal puede volver a casarse, como continúa diciendo el libro del Deuteronomio: “y ella sale de la casa y se casa con otro”.⁵³⁰ De hecho, tiene libertad para casarse con quien la pretenda, siempre y cuando no sea un sacerdote,⁵³¹ ya que éste, por razones de pureza, no puede contraer matrimonio más que con una virgen (tampoco podría casarse con una viuda).

Se prohíbe, así mismo, al marido que ha repudiado a una mujer y que ésta, a su vez, haya contraído un segundo matrimonio del que también ha sido repudiada, a que se vuelva a casar con ella, calificándolo el libro de Deuteronomio como una abominación por estar ella contaminada.⁵³²

Existen dos casos en los que el marido no puede dar a su esposa el libelo de repudio. El primero de ellos es en el caso de que éste haya acusado injustamente a su mujer de no ser virgen en el momento de contraer matrimonio: el esposo deberá pagar una multa cuantiosa (100 siclos de plata) al padre de la esposa por haber ofendido a la familia poniendo en tela de juicio la honorabilidad de la misma al pretender dar por esposa a una no virgen, y de igual modo, la esposa deberá permanecer a su lado y no podrá divorciarse de ella en toda su vida.⁵³³ El segundo caso que impide a un varón ejercer su derecho a repudiar a una mujer, es el caso en el que haya violado a una joven soltera, ya que la pena por dicha acción consistirá en pagar una multa de 50 siclos de plata al padre de la joven deshonrada y la obligación de casarse con ella, sin posibilidad de divorciarse de ella en toda la vida.⁵³⁴ Con mucha probabilidad, estas dos normas tengan carácter disuasorio; tanto el pago de una multa cuantiosa como la obligación en uno de los casos de contraer matrimonio indisoluble y, en el otro, de no poder divorciarse nunca, podrían evitar violaciones o acusaciones en falso con fines poco claros.

El libelo de repudio, del que ignoramos por fuentes bíblicas su contenido, entendemos que era un documento obligatorio, ya que en diversos pasajes

⁵²⁹ OBERMAYER, H. et al., “Diccionario Bíblico manual”, Barcelona, 1985, s. v. “Repudio”, p. 278.

⁵³⁰ Dt 24, 2.

⁵³¹ Lv 21, 7.

⁵³² Dt 24, 5.

⁵³³ Dt 22, 16 – 20.

⁵³⁴ Dt 22, 28 – 29.

de la Escritura viene citado.⁵³⁵ La razón de la obligatoriedad de este documento radica en el hecho de que si un marido despide a su mujer de casa, y ésta rehace su vida, el marido no pueda desdecirse y reclamar que se haya ido de casa o que esté cometiendo un adulterio.

Finalmente, y aunque no entre dentro de la legislación, no podemos terminar este apartado sin acudir a dos ejemplos referentes al divorcio en el que éste es, expresamente, recomendado o, más bien, exigido. Esdras exige, como prueba de que los israelitas quieren volver a acogerse bajo los brazos de Yahvé, que quienes se hayan casado con mujeres extranjeras se divorcien de ellas, ya que es exigencia divina.⁵³⁶ Nehemías, pidiendo compasión a Yahvé para con el Pueblo de Israel, le da explicaciones de su actuación profética, afirmando la infamia que suponen los matrimonios de israelitas con extranjeras “cuyos hijos no sabían hablar hebreo”, y exigiéndoles el divorcio de las mismas, ya que el matrimonio con ellas había sido una infamia de ofensa a Dios.⁵³⁷

1.3. El adulterio

Clasificado por algunos exégetas como delito contra el matrimonio, nos encontramos ante una figura que es de suma importancia, por su carga negativa, para el Pueblo de Israel y no por poner en jaque el matrimonio, sino por el sentido de la propiedad, como explicaremos más adelante. Así, pues, la palabra adulterio significa en el AT:

por un lado, la mala conducta de la mujer casada [...] y, por otro, las relaciones extraconyugales de un hombre con una mujer casada, pero no con una no casada, viuda o divorciada, ni con una concubina o esclava. Con otras palabras, la mujer sólo podía violar su matrimonio, mientras que el hombre sólo podía violar el matrimonio de otro hombre.⁵³⁸

El adulterio es una figura muy mal vista en el mundo veterotestamentario, y desde esa negatividad, tiene una importancia capital, ya que dos de los diez preceptos del decálogo que trasmite Moisés al Pueblo por orden de Yahvé hacen referencia a él: “no cometerás adulterio” y “no desearás la casa de tu prójimo, ni la mujer de tu prójimo [...]”.⁵³⁹ Como ya se ha señalado, el padre de familia en Israel

⁵³⁵ Vid. Is 50, 1; Os 2, 1; Jer 3, 8; Mal 2, 10 – 16.

⁵³⁶ Esd 10, 11.

⁵³⁷ Neh 13, 23 – 30.

⁵³⁸ LIPINSKI, E., en “Diccionario enciclopédico de la Biblia”, Barcelona, 1993, s. v. “adulterio”, p. 23.

⁵³⁹ Ex 20, 14 y Ex 20, 17, respectivamente.

era el dueño de todas las propiedades que ésta poseía, y como propiedades contaban las personas sometidas a su potestad. Por esta razón, la gravedad del adulterio y su unidireccionalidad radican que la persona que comete adulterio está atacando a la propiedad de un judío, y no por ser una falta contra la moral sexual que, por otro lado, es bastante laxa en el AT, máxime si tenemos en cuenta que ningún mandamiento del Decálogo hace referencia a conductas de tipo sexual.

Aunque sí es verdad que hay preceptos bíblicos que condenan conductas como la zoofilia,⁵⁴⁰ el incesto⁵⁴¹ o el travestismo,⁵⁴² no existen limitaciones sobre las relaciones sexuales extramatrimoniales, ni preceptos que regulen la vida sexual de los casados. Existen, sin embargo, preceptos que tienen que ver con la pureza, donde determinados estados físicos propios de la condición humana limitaban la libertad sexual, como la menstruación de la mujer⁵⁴³ o el flujo seminal,⁵⁴⁴ que, muy probablemente, estuviesen sancionadas por motivos médicos o higiénicos, ya que atentan contra la pureza (y por lo tanto se podían solucionar con algún ritual para salir de la impureza) y no son un pecado.

En el libro de Isaías encontramos, a través de la metáfora matrimonial de Jersusalén con Yahvé, los estados de fidelidad, infidelidad presente y fidelidad futura.⁵⁴⁵ La infidelidad es vista por el profeta como el mayor de los crímenes, de ahí sus duras palabras: “Antes, llena de derecho, morada de justicia; ahora, de criminales.” Jersusalén se prostituye porque carece del compromiso que tendría la esposa casada y fiel, pero Yahvé, esposo perfecto, está dispuesto a perdonarla si se retracta y vuelve a la fidelidad conyugal.⁵⁴⁶

La consecuencia de que el adulterio sea un pecado que intenta erradicar el atentado contra una propiedad del varón es que la pena que acarrea sea la más severa,⁵⁴⁷ encontrando en la Tohrá hasta cuatro normas que exigen la muerte de la adúltera y su cómplice: el libro del Levítico hace una extensa exposición de los casos en los que el varón comete adulterio, condenando a muerte a todo aquel que

⁵⁴⁰ Lv 18, 23.

⁵⁴¹ Lv 18, 6 – 21.

⁵⁴² Dt 22, 5.

⁵⁴³ Lv 18, 19.

⁵⁴⁴ Lv 15, 2.

⁵⁴⁵ Is 1, 21 – 26.

⁵⁴⁶ Cfr. ALONSO SCHÖKEL, L., op. cit., pp. 135 – 137.

⁵⁴⁷ Es curioso que, aunque desde nuestra mentalidad podamos entender el adulterio como un agravio contra la persona que es “engañada”, el AT considera tanto el adulterio como las violaciones de vírgenes como un daño contra la propiedad, en el primer caso del marido, y en el segundo del padre quien se vería especialmente afectado por no poder casar a su hija y perder el *mobar*. (POWER, E., en ORCHARD, B. et al, “Comentario a la Sagrada Escritura”, I, Antiguo Testamento, Barcelona, 1959, s. v. “Éxodo – Delitos contra la propiedad”, pp. 542 s.)

tenga relaciones sexuales con la mujer de su prójimo, concretando situaciones particulares como la concubina del padre, la nuera, la tía o incluso con la cuñada del propio padre;⁵⁴⁸ el libro del Deuteronomio abunda en la idea de la necesidad de matar a quienes cometen adulterio, ya que considera que es la forma de hacer desaparecer el mal del Pueblo Elegido, exigiendo que la muerte sea por lapidación en caso de que la adúltera sea virgen;⁵⁴⁹ en caso de que sea una violación, la persona violada no podrá argumentar el haber sido forzada, ya que debía haber pedido ayuda para evitar la violación.⁵⁵⁰

Todos los casos aquí descritos son en caso de adulterio probado. En caso de que el marido tenga sospechas de que su esposa está cometiendo adulterio, tiene la capacidad de pedir para ella una prueba llamada oblación de los celos, consistente en una ordalía en la que el sacerdote hace beber a la supuesta adúltera un brebaje preparado por él, cuyos efectos dependerán de su inocencia: en caso de ser culpable, le provocará esterilidad y determinados males físicos visibles y evidentes, mientras que si es inocente, no le hará el mejunje mal ninguno.⁵⁵¹

De todo lo expuesto, podemos concluir que en el AT no existe una legislación matrimonial que explicita cómo se debe celebrar un matrimonio, los requisitos de los contrayentes ni las fórmulas legales utilizadas, en caso de haber existido.

Nos aporta, por el contrario, muchos datos relativos a la dote, el mohar, la libertad de los israelitas para elegir cónyuge, la prohibición de matrimonios fuera de Israel, la permisión del divorcio y la penalización del adulterio, entre otras muchas otras cuestiones.

Es evidente, pues, que no existe un modelo único de matrimonio en el AT: existen hombres monógamos y bígamos, y en algunos casos que hemos tratado, insultantemente polígamos. La mujer es propiedad de su marido o de su padre y, por lo tanto, sólo tiene los derechos que tenga quien ostente la potestad sobre ella.

Junto a estos datos de carácter histórico, social y jurídico, existen conclusiones teológicas que conviene también reseñar, ya que nos ayudan a comprender mejor el espíritu de estas costumbres y normas. En primer lugar, vemos como para el Pueblo de la Alianza el bien máspreciado que Yahvé da a los suyos es la descendencia: el judío ve como si su esposa es fértil son un matrimonio bendecido

⁵⁴⁸ Lv 20, 10 – 20.

⁵⁴⁹ Dt 22, 22 - 23.

⁵⁵⁰ Dt 22, 24.

⁵⁵¹ Nm 5, 14 – 28.

por Dios, mientras que si es estéril padecen una maldición. En el mundo del AT no es comprensible una familia sin hijos,⁵⁵² expresando el salmista que la fecundidad de la esposa es la principal bendición del Señor para quien le es fiel: “tu mujer como parra frondosa en la intimidad de tu casa, tus hijos como renuevos de olivo alrededor de tu mesa. Ésa es la bendición del varón que respeta al Señor.”⁵⁵³

El matrimonio, ya monógamo o polígamo, es un medio necesario para la perpetuación de la familia a través de la generación de los hijos: el judío no escatimará medios para tener descendencia, valiéndose de todo lo que tenga a su alcance para ello y, si su esposa es estéril, o bien se casará con otra que sea fértil, o engendrará a través de una sierva. Solamente en época tardía encontraremos una visión positiva del matrimonio en sí ya que, aunque ya desde un primer momento Dios viene retratado en el AT como padre,⁵⁵⁴ la importancia radica en la autoridad del padre y en la obediencia filial del hijo, pero el matrimonio viene obviado. Habrá que esperar a la época profética, donde el lenguaje matrimonial aparecerá vinculado a la teología, a través de comparaciones de la relación de Yahvé con su pueblo con lenguaje matrimonial. El primero en utilizar este recurso será el profeta Oseas, que contrae matrimonio con una prostituta para significar, con su acción, el amor que Yahvé tiene por su Pueblo, aun cuando éste no se lo merece, ya que él es abandonado por la mujer, pero sigue enamorado de ella.⁵⁵⁵ Tres siglos más tarde, el profeta Jeremías, hará comparaciones con la infidelidad matrimonial para metaforizar el escaso compromiso de Israel con Yahvé.⁵⁵⁶ Poco tiempo después, el profeta Ezequiel utilizaba el mismo recurso, poniendo el acento en el amor desinteresado de Yahvé hacia quien no se lo merece siendo, además, no correspondido.⁵⁵⁷

No debemos olvidar los escritos que se engloban bajo el título de Isaías. En la época del exilio de Babilonia, el Deutero Isaías, nos presenta a Jerusalén como la esposa y madre, estéril en un primer momento, y que será, madre de todos

⁵⁵² Cfr. 1Sm 1, 9 – 18.

⁵⁵³ Sal 128, 3 – 4.

⁵⁵⁴ Ya en los libros del Pentateuco encontramos testimonio de que los israelitas consideraban a Dios como Padre: “Israel es mi hijo, mi primogénito” (Ex 4, 22); “Sois hijos del Señor, vuestro Dios” (Dt 14, 1); “Olvidas al Dios que te engendró” (Dt 32, 18).

⁵⁵⁵ Tanto la historia de su matrimonio con Gámer (sobre la que los estudiosos no están de acuerdo sobre si tal matrimonio existió o es un recurso profético) como los discursos reprobatorios a Israel intentan, a través de la identificación del profeta con Dios y de la prostituta con Israel, que el Pueblo entienda, con una relación que forma parte de su día a día, como es el matrimonio, cuál debe ser la actitud del creyente hacia Dios, que no es otra que la de la fidelidad conyugal. (Vid. Os 2, 4 – 18; 4, 15 – 18).

⁵⁵⁶ Cfr. Jr 3, 1 – 2. 6 – 13.

⁵⁵⁷ Ez 16, 4 – 41; 23, 1 – 49.

aquellos que volverán a Yahvé, marido de la esposa abandonada y abatida, tras el destierro.⁵⁵⁸ El Tercer Isaías volverá a utilizar la terminología nupcial para ensalzar la figura de Jerusalén como la esposa amada y predilecta de Yahvé.⁵⁵⁹

Es probable que en los últimos siglos antes del nacimiento de Cristo, el judaísmo se decantase por un ideal de matrimonio, aunque no indisoluble, sí preferentemente estable y monógamo. Palabras del profeta Malaquías tales como “cuidad vuestro espíritu y no traicionéis a la esposa de vuestra juventud”,⁵⁶⁰ o del profeta Miqueas cuando clama en nombre de Yahvé diciendo que “expulsáis a las mujeres de mi pueblo de sus casas queridas y arrancáis de sus hijos mi honor para siempre”, nos hacen pensar que el ideal del matrimonio, si no es una unión indisoluble o para toda la vida, sí que, por lo menos, es el de una relación que no puede ser rota por el capricho del hombre. En este mismo sentido se pronuncia el libro del Eclesiástico al denunciar que “la lengua calumniadora ha repudiado a mujeres excelentes”.⁵⁶¹ El Libro de la Sabiduría, llama a la estabilidad del matrimonio al afirmar que “ya no conservan puros ni la vida ni el matrimonio, sino que se matan a traición unos a otros o se infaman con adulterios”.⁵⁶²

No podemos, sin embargo, hacer decir a la Biblia lo que no dice. No podemos pretender encontrar en el libro del Génesis la justificación a la indisolubilidad matrimonial, ni a la moral sexual de la Iglesia. Afirmaciones como que “a lo largo de las Escrituras, el diseño edénico para las relaciones sexuales son sólo dentro del matrimonio, tal como demanda la norma divina”,⁵⁶³ o “la intención del sexto mandamiento es proteger el bienestar del matrimonio y, consiguientemente, de la familia,”⁵⁶⁴ pueden arriesgarse a desvirtuar la progresividad de la Revelación y negar la historicidad de la Biblia. Es conveniente decir que, como hemos podido comprobar en este breve estudio, los modelos matrimonial y familiar presentes en el AT distan mucho de ser ideales, además de muy alejados de lo que siglos más tarde defenderá el cristianismo tras el mensaje de Jesucristo, considerado por la Iglesia como Revelación plena y absoluta.

Esta evolución teológica hacia una cada vez mayor estabilidad del matrimonio, que entendemos que también responde a un cambio de mentalidad

⁵⁵⁸ Is 54, 1 – 10.

⁵⁵⁹ Is 62, 1 – 12.

⁵⁶⁰ Mal 2, 15.

⁵⁶¹ Eclo 28, 15.

⁵⁶² Sab 14, 24.

⁵⁶³ DAVIDSON, R. M. e IPAGUIRRE, J., “El matrimonio, ¿todavía importa?: Una evaluación de la convivencia a la luz de la Biblia”, *Apuntes universitarios*, 6, 1, 2016, p. 154.

⁵⁶⁴ CARAVIAS, J. L., “Matrimonio y familia a la luz de la Biblia”, Buenos Aires, 1991, p. 13.

social y religiosa, no se traducirá en un cambio en la legislación matrimonial ya que, como veremos más adelante, en tiempos de Jesús continúa vigente toda la legislación veterotestamentaria que hemos analizado, ya que en varias ocasiones será interrogado por los maestros de la Ley Judía acerca de cómo actuar partiendo de dicha legislación. Medio siglo antes del nacimiento de Cristo, se produce la ocupación romana de Palestina, lo que conlleva la implantación del Derecho romano en los territorios sometidos, aunque esto no afectará, generalmente, más que a las altas esferas de la sociedad hebrea, quienes harán uso de una u otra legislación según le convenga, permaneciendo el pueblo llano con sus costumbres, avaladas por sus propias normas religiosas convertidas, como hemos visto, en Ley.

BIBLIOGRAFIA

FERNÁNDEZ de BUJÁN, F., “Fundamentos clásicos de la Democracia y la Administración”, Madrid, 2012.

CARAVIAS, J. L., “Matrimonio y familia a la luz de la Biblia”, Buenos Aires, 1991.

DÍEZ-MACHO, A., “La familia en la Biblia, en Estudios sobre la familia”, Toledo, 1981.

Fred H. WIGHT, “Usos y costumbres de tierras bíblicas”, Michigan, 1999.

SCHWARTZ RODACKY, M., “Los amores en la Biblia”, Madrid, 1997.

ALONSO SCHÖKEL, L., “Símbolos matrimoniales en la Biblia”, Navarra, 1997.

GARCÍA CORDERO, M., “Teología de la Biblia”, Madrid, 1970.

FERNÁNDEZ de BUJÁN, A., “Derecho privado romano”, Madrid, 2017.

VEGAS MONTANER, L., “La Ley en el Antiguo Israel”, Ilu. Revista de ciencias de las religiones. Anejos, 2004.

VILLORO TORANZO, M., “El Derecho hebreo según el Antiguo Testamento”, Jurídica, 1, 1979.

RIVERA SABATÉS, V., “El matrimonio según la Biblia”, Foro, Nueva época, 13/2011.

BAUER, J. B., en BAUER, J. B., “Enciclopedia de Teología bíblica”, Barcelona, 1967.

SEILD, T., en KASPER, W., “Diccionario enciclopédico de exégesis y teología bíblica”, Tomo II, Barcelona, 2011.

KOGLER, F., et al., en “Diccionario de la Biblia”, Bilbao, 2012.

CAÑELLAS ORPINELL, G., “El matrimonio: praxis del judaísmo bíblico, Biblia y Fe”, 36, 1986.

ANDREU RODRIGO, A., en “Enciclopedia de la Biblia”, Barcelona, 1969.

DIZ FRANCO, A. M., “El repudio de Salomé, ejemplo de “vigencia” social del Derecho romano, en la corte herodiana”, Revista General de Derecho Romano, 26, 2016.

OBERMAYER, H. et al., “Diccionario Bíblico manual”, Barcelona, 1985.

LIPINSKI, E., en “Diccionario enciclopédico de la Biblia”, Barcelona, 1993.

POWER, E., en ORCHARD, B. et al, ‘Comentario a la Sagrada Escritura’, I, Antiguo Testamento, Barcelona, 1959.

DAVIDSON, R. M. e IPAGUIRRE, J., “El matrimonio, ¿todavía importa?: Una evaluación de la convivencia a la luz de la Biblia”, Apuntes universitarios, 6, 1, 2016.

CARAVIAS, J. L., “Matrimonio y familia a la luz de la Biblia”, Buenos Aires, 1991.

DOS QUASE BRANCOS AO PERIGO AMARELO: representações sociais sobre os nikkeis, a partir do processo de imigração no Brasil⁵⁶⁵

AKUTSU, Beatriz Hiromi da Silva

Doutoranda do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil, biakutsu@gmail.com

MONICA, Eder Fernandes

Professor Adjunto da Faculdade de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais, Rio de Janeiro, Brasil, ederfm@id.uff.br

MARTIRE, Gabriel Cerqueira Leite

Mestre pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil, gclm85@yahoo.com.br

RESUMO

A proposta desse artigo é analisar, por meio de revisão bibliográfica, as representações sociais construídas sobre os nikkeis no Brasil, a partir do processo de imigração. Considerando que o contexto político e social teve um papel fundamental na construção e transformação dessas representações, será lançado um olhar retrospectivo sobre elas, para que, assim, seja possível ter uma compreensão mais profunda sobre o contexto atual.

Palavras-chaves: identidade nacional; identidade nikkei; imigração japonesa; perigo amarelo; representações sociais.

RESÚMEN

La propuesta de este artículo es analizar, por medio de revisión bibliográfica, las representaciones sociales construídas sobre los nikkeis en Brasil, a partir del proceso de inmigración. Considerando que el contexto político y social desempeñó un papel fundamental en la construcción y transformación de esas representaciones, se echará una mirada retrospectiva sobre ellas, para que así sea posible tener una comprensión más profunda sobre el contexto actual.

⁵⁶⁵ Esse artigo corresponde à segunda parte de uma pesquisa mais ampla, cujo tema é a violência contra a mulher e a identidade das mulheres nikkeis

Palabras claves: identidad nacional; identidad nikkei; inmigración japonesa; peligro amarillo; representaciones sociales.

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze, through a bibliographical review, the social representations built on nikkei in Brazil, starting from the immigration process. Considering that the political and social context played a fundamental role in the construction and transformation of these representations, a retrospective look at them will be launched, so that a deeper understanding of the current context can be realized.

Keywords: national identity; Nikkei identity; Japanese immigration; yellow danger; social representations.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL NO BRASIL E A IMIGRAÇÃO JAPONESA; III. A CONSTRUÇÃO DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS SOBRE OS NIKKEIS, A PARTIR DO PROCESSO DE IMIGRAÇÃO; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Embora o tema da violência contra a mulher venha sendo discutido com mais profundidade desde a década de 1970 e muitas conquistas tenham sido realizadas nesse sentido, no ranking mundial, o Brasil ainda ocupa o quinto lugar no número de feminicídios⁵⁶⁶. Por essa razão, a partir da década de 1980, pesquisas com enfoques diferentes têm sido realizadas para discutir esse tema.

Ainda que haja formas diversas de analisar as relações de violência, o que se constata é que a desigualdade de poder entre os gêneros é uma constante, encontrada em todas as épocas e sociedades. No entanto, a violência não atinge todas as mulheres da mesma forma, uma vez que o gênero não é o único elemento de opressão. Fatores como a classe social, a raça, a idade e a orientação sexual, por exemplo, combinados com o gênero, resultam em diferentes formas de violência⁵⁶⁷.

⁵⁶⁶ WASELFSZ, J. J., “Mapa da Violência 2015”, 2015. Disponible en la web « http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf » [12-05-2019]

⁵⁶⁷ JARAMILLO, I. C. “La crítica feminista al derecho”. *Genero y teoria del derecho*, Bogotá, 2000, p.113.

Embora o Brasil seja um dos países que mais recebeu imigrantes japoneses no mundo, tendo, atualmente, o maior número de japoneses e seus descendentes vivendo fora do Japão⁵⁶⁸, não foi encontrada nenhuma pesquisa que tratasse especificamente do tema relacionado à violência contra a mulher nikkei⁵⁶⁹. Diante disso, surgiu a seguinte pergunta: quais novidades para as discussões de violência de gênero no Brasil são possíveis identificar a partir das identidades das mulheres nikkeis e suas representações sociais?

Dessa forma, a proposta desse artigo, que constitui uma das etapas dessa pesquisa mais ampla, é analisar as representações sociais construídas sobre os nikkeis, independentemente do gênero, se masculino, feminino ou outra identificação de gênero, a partir do processo de imigração. Considerando que o contexto político e social teve um papel fundamental na construção e transformação dessas representações, será lançado um olhar retrospectivo sobre elas, para que, assim, em uma próxima etapa da pesquisa, seja possível ter uma compreensão mais profunda sobre o contexto atual.

Com relação à estrutura do artigo, inicialmente, será abordado o tema da construção da identidade nacional brasileira e suas relações com a imigração japonesa: de que forma ela estava sendo pensada, quais eram as políticas de imigração no Brasil e de emigração no Japão, e como os interesses dos governos brasileiro e japonês convergiram na época. Depois, serão apresentadas as fases da imigração japonesa no Brasil.

No tópico seguinte, partindo da primeira fase da imigração japonesa, serão apresentados fatos históricos, locais e globais, que ajudam a explicar as transformações verificadas nas representações dos japoneses e seus descendentes ao longo da história.

II. A CONSTRUÇÃO DA IDENTIDADE NACIONAL NO BRASIL E A IMIGRAÇÃO JAPONESA

Considerando que o Brasil é um país multicultural – ou multiétnico –⁵⁷⁰, antes de iniciar a discussão sobre a identidade dos brasileiros nikkeis, é importante compreender como se deu o processo de criação da identidade nacional brasileira, que, por sua vez, esteve intimamente ligado às políticas de imigração da época:

⁵⁶⁸ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, São Paulo, 2015, p.30.

⁵⁶⁹ Nikkei: todos os japoneses e seus descendentes que vivem fora do Japão.

⁵⁷⁰ LESSER, J. “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 38, cit.

A partir da chegada dos europeus, em inícios do século XVI, o Brasil passou a receber um número cada vez maior de migrantes de todo o Império português e da África, que então entraram em contato com as populações indígenas. [...] À medida que o Brasil passava de colônia de Portugal (1500-1822) à império independente (1822-1889), para em seguida se tornar república (de 1889 até o presente), uma série de processos levaram à criação de uma sociedade pluralista, com uma hierarquia racial que colocava a branquidão no topo e a negritude na base⁵⁷¹.

De acordo com Jeffrey Lesser, historiador americano especializado nos estudos de brasilidades, a ideologia do branqueamento⁵⁷² teve um papel decisivo na formulação da política de imigração. Entre 1872 e 1972, chegaram no Brasil cerca de 5.345.889 imigrantes, dentre os quais 4.224.240 eram de origem europeia – portugueses, italianos, espanhóis e alemães -, e 248.007 de origem japonesa⁵⁷³, como demonstra a tabela a seguir:

Período	Portugueses	Italianos	Espanhóis	Alemães	Japoneses	Outros	Total
1872-1972	1.662.180	1.662.491	716.052	223.517	248.007	873.642	5.345.889

⁵⁷¹ LESSER, J. “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 38, cit.

⁵⁷² No Brasil, a vinda dos imigrantes se deu em um contexto ainda escravocrata, embora a abolição da escravidão já tivesse ocorrido em 1888. Apesar de serem frequentemente maltratados e viverem em situação de exploração, esses imigrantes não eram escravos. Por conta da ideologia do branqueamento, muitos deles tentaram se distanciar dos ex-escravos ou de pessoas com ascendência africana. De acordo com Lesser, “o branqueamento, como eles diziam, significava que a população poderia ser fisicamente transformada, passando de negra para branca por meio da combinação de casamentos mistos e políticas de imigração. O ‘sangue’ branco ‘forte’ passaria a sobrepujar o dos não brancos ‘fracos’, e a lei impediria a entrada de raças ‘fracas’”. LESSER, J. A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração, p. 41, cit.

⁵⁷³ LESSER, J. “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 41-44, cit.

Tabela 1. Quantidade de imigrantes no Brasil por nacionalidade

Embora o número de japoneses seja bem menor que o de portugueses e de italianos, ainda assim, representa uma parcela significativa, aproximadamente, 5% do total de imigrantes desse período. De acordo com Lesser, a política de incentivo a vinda dos imigrantes japoneses, assim como ocorreu com os europeus, também encontra explicações na ideologia do branqueamento.

Entre 1868 e 1912, o Japão viveu um processo de industrialização e ocidentalização, que ficou conhecido como Era Meiji⁵⁷⁴. No entanto, essa modernização também foi acompanhada de um crescimento da pobreza e escassez de alimentos para a população rural. Diante disso, para “aliviar as pressões sobre a terra e, ao mesmo tempo, criar colônias no exterior para o cultivo de alimentos a serem exportados de volta para o Japão”⁵⁷⁵, o governo japonês desenvolveu uma política de incentivo à emigração.

Nesse mesmo período, o Brasil, que estava com a sua produção agrícola em expansão e precisava de imigrantes dispostos a povoar e trabalhar nas suas terras. Como a tentativa de contratar mão de obra chinesa não vingou⁵⁷⁶ e a experiência com os europeus não estava sendo muito bem-sucedida, uma vez que esses últimos “pareciam gastar mais tempo lutando por seus direitos do que ‘branqueando’ o país, o Brasil voltou o seu interesse para os japoneses”⁵⁷⁷. Em função da Era Meiji, influenciada pela cultura ocidental, a imagem que as elites japonesas passavam sobre o Japão era a de que ele seria o país “branco” da Ásia. Isso acabou por interessar o Brasil, uma vez que essa imagem ia ao encontro da ideologia do branqueamento presente na política de imigração brasileira. Dessa forma, em

⁵⁷⁴ Para mais informações, consultar: SAKURAI, C. “Os japoneses”, São Paulo, 2011, p. 1297-1594.

⁵⁷⁵ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 206, cit.

⁵⁷⁶ Segundo Lesser, os fazendeiros estavam insatisfeitos com os europeus, “que pareciam gastar mais tempo lutando por seus direitos do que branqueando o país”, por isso, optaram por tentar contratar a mão de obra chinesa, uma vez que os chineses eram considerados mais baratos, eficientes e dóceis que os europeus. No entanto, em função das dificuldades de fechar um Tratado de Comércio com o governo chinês, essa contratação não deu certo. LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 207, cit. CZEPULA, C. “Os indesejáveis chins”: a imigração chinesa nas páginas do Jornal Gazeta de Notícias (1879). ANPUHSP (XXIII), São Paulo, 2016, p. 1-2.

⁵⁷⁷ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 207, cit.

1895, foi assinado um Tratado entre Brasil e Japão que regulamentava o processo de imigração dos japoneses para o Brasil⁵⁷⁸.

De acordo com Jeffrey Lesser, “a imigração é tão importante para a identidade nacional brasileira que até mesmo pessoas não nascidas no exterior muitas vezes são definidas como ‘imigrantes’”⁵⁷⁹. Segundo Célia Sakurai, cientista social e especialista na história da imigração japonesa, no período compreendido entre 1908 e 1970, com exceção da época da segunda guerra mundial, o Brasil recebeu um fluxo contínuo de imigrantes japoneses, totalizando, nesse intervalo, cerca de 250 mil⁵⁸⁰.

Esse processo, no entanto, teve características diferentes em cada momento da história. Hiroshi Saito, sociólogo e um dos pioneiros nas pesquisas sobre o tema, dividiu a imigração japonesa no Brasil em três fases distintas⁵⁸¹.

Na primeira, compreendida entre 1908 e 1941 e que antecedeu a segunda guerra mundial, o Brasil recebeu cerca de 190 mil imigrantes japoneses. Essas pessoas tinham por objetivo trabalhar nas plantações de café, acumular recursos e retornar rapidamente para o Japão⁵⁸². A partir de 1924, por conta de uma medida dos EUA, que proibiu a entrada de japoneses, o Brasil passou a ser um destino mais procurado⁵⁸³. No período da II Guerra Mundial, em função do fechamento das rotas marítimas, o fluxo de imigrantes diminuiu consideravelmente^{584 585}.

A partir de 1953 até 1962, após o final da guerra e que corresponde à segunda fase, o Brasil voltou a receber nova leva de imigrantes japoneses. Dessa vez, em número bem mais baixo que o período anterior: em torno de 50 mil. Esses imigrantes eram encaminhados, principalmente, para concentrações da colônia em São Paulo, no Paraná, em alguns pontos da Amazônia, do Nordeste e do Sul. Diferentemente do que ocorreu na primeira fase, a maior parte deles veio com o objetivo de permanecer definitivamente no Brasil.

⁵⁷⁸ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 208, cit.

⁵⁷⁹ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 28, cit.

⁵⁸⁰ SAKURAI, C., “Os japoneses”, p. 2462, cit.

⁵⁸¹ SAITO, H., “A presença japonesa no Brasil”, São Paulo, 1980.

⁵⁸² MIZUMURA, C. M. S., ‘Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas’, 2011. Disponível na web « <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-23052013-121835/pt-br.php> » [10-05-2019] p. 59.

⁵⁸³ SAKURAI, C., “Os japoneses”, p. 2480, cit.

⁵⁸⁴ SAKURAI, C., “Os japoneses”, p. 2467, cit.

⁵⁸⁵ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 28, cit.

A última fase, que se iniciou em 1963, não é considerada por alguns autores como um período propriamente da imigração, pois, nessa época, a vinda dos japoneses foi motivada, principalmente, por questões de trabalho e teve caráter provisório, embora alguns tenham acabado por se fixar definitivamente no Brasil⁵⁸⁶.

Partindo dessa contextualização histórica, no tópico a seguir, será discutido como cada um desses momentos, inseridos no contexto social e político da época, influenciou na construção e transformação das representações sociais sobre os japoneses e seus descendentes.

III. A CONSTRUÇÃO DAS REPRESENTAÇÕES SOCIAIS SOBRE OS NIKKEIS, A PARTIR DO PROCESSO DE IMIGRAÇÃO

Entre o final de 1800 e início de 1900, época da Era Meiji e da política de emigração realizada pelo governo do Japão, os japoneses eram vistos pela elite brasileira como um povo superior ao chinês⁵⁸⁷, facilmente assimilável, trabalhador, tranquilo, limpo, intelectualmente superior e, de certa forma, parecido com o europeu. Tais representações se refletem na impressão tida pelo inspetor de agricultura de São Paulo, J. Amândio Sobral, quando recepcionou os imigrantes no desembarque:

Ele ficou impressionado ao saber que quase 70% dos colonos eram alfabetizados e que, ‘contrastando flagrantemente com [...] nossos operários’, eles não tinham aparência pobre. Igual espanto lhe causou o fato de que os imigrantes usavam roupas europeias, compradas e fabricadas no próprio Japão, e estavam ‘penteados com cuidado’, perfeitamente em harmonia com a gravata que todos usam’, Os alojamentos e refeitórios do Kasato Maru estavam em estado de perfeita limpeza, e todos usavam ‘roupas limpas’, tinham ‘corpos limpos’, e todos traziam bolsas com escovas de dente, escovas de cabelo e navalhas, algo que apenas os brasileiros mais ricos levavam em suas bagagens. ‘A raça é muito diferente, mas não inferior’⁵⁸⁸.

⁵⁸⁶ MIZUMURA, C. M. S., “Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas”, p. 59, cit.

⁵⁸⁷ É importante lembrar que, antes disso, os chineses foram a primeira opção para contratação de mão de obra, mas, por conta da recusa do governo chinês de fechar um Tratado de Comércio com o Brasil, essa contratação acabou por não se concretizar.

⁵⁸⁸ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 209, cit.

De acordo com a historiadora Márcia Yumi Takeuchi, que analisa charges e caricaturas publicadas no Brasil antes da II Guerra Mundial, é inegável a participação da mulher japonesa na construção dessas representações. Segundo a autora, nos primeiros anos da imigração, a mulher oriental era idealizada:

Identificamos, nos primeiros anos da imigração, a idealização da oriental, característica vinculada ao exótico: o abismo cultural, a originalidade romântica. [...] Neste caso, como nos anteriores, a *japonesa* atende ao anseio nacional, qual seja, o desejo de repetir o rápido sucesso japonês na modernização de suas indústrias civil e militar, com a manutenção de suas tradições. Observe-se que a “gueixa” em questão, adornada pelas cores exuberantes e quentes, não transmite uma sensualidade exacerbada e pecaminosa, ao contrário, somente um exotismo esteticamente agradável⁵⁸⁹.

Embora a mulher japonesa fosse representada com certa idealização, as imagens veiculadas em livros e folhetos da época também revelavam o interesse da elite pelo branqueamento da população:

[...] Todas mostravam homens japoneses casados com mulheres brasileiras (ou imigrantes europeias) brancas que haviam gerado filhos brancos. O simbolismo das fotografias era uma afirmação agressiva da possibilidade de assimilação e da similaridade. Da mesma forma que os europeus, os japoneses iriam produzir crianças brancas⁵⁹⁰.

Para todos os imigrantes os jornais também tiveram um papel importante na criação das suas identidades. No caso dos japoneses, destacaram-se o *Shukan Nambei* e o *Nippak Shimbun*, ambos fundados em 1916. Nesses jornais, também veiculavam matérias publicadas em jornais brasileiros e que eram traduzidas do português para o japonês⁵⁹¹.

Ainda que o período da II Guerra Mundial possa ser caracterizado como o marco na transformação da imagem dos japoneses no Brasil, é possível notar os primeiros sinais dessa mudança já na primeira metade da década de 1930, nos discursos oficiais que circularam durante a elaboração da Constituinte de 1934:

⁵⁸⁹ TAKEUCHI, M. Y., “Entre gueixas e samurais: a imigração japonesa nas revistas ilustradas” (1897-1945), 2009. Disponível na web « <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-04022010-132805/pt-br.php> » [13-06-2019] p. 256.

⁵⁹⁰ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 219, cit.

⁵⁹¹ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 214, cit.

Durante meses alguns projetos de emendas discriminatórias e restritivas contra os japoneses e negros foram discutidas no Parlamento brasileiro. A tônica geral era a proibição total das duas imigrações, ou a proibição da imigração “negra” de qualquer procedência e a restrição à imigração de “amarelos”, o que resultava na tendência de se aceitar somente a imigração de europeus “brancos” e selecionados⁵⁹².

Nos debates da Constituinte, da perspectiva dos antinipônicos, observam-se duas linhas argumentativas: (i) aquelas que tentam se apoiar em teorias científicas da época, que defendiam a importância da eugenia para a seleção dos imigrantes e para a formação do povo brasileiro; (ii) e aquelas que justificam a restrição da entrada dos japoneses pela representação do Japão, como perigo imperialista. De acordo com Mizumura, “nas primeiras décadas do século 20, o forte militarismo e expansionismo do Japão pela Ásia contribuiu para difundir a imagem dos japoneses no Brasil como perigosos politicamente [...]”⁵⁹³. Nessa perspectiva antinipônica ou racista⁵⁹⁴, destacam-se Francisco José de Oliveira Viana, jurista, historiador e sociólogo; Miguel de Oliveira Couto, médico e político; e Antonio Xavier de Oliveira, político e médico.

Do outro lado, estavam os pró-nipônicos, representados por aqueles que defendiam a imigração japonesa para o Brasil, que denunciavam o caráter racista das emendas restritivas e que afirmavam a capacidade de assimilação do povo japonês, e sua utilidade para a agricultura. Dessa perspectiva, destacam-se Moraes de Andrade, advogado de uma companhia japonesa; Edgard Roquette Pinto, antropólogo; e Alfredo Ellis Júnior, antropogeográfico.

Nos debates da Constituinte é interessante observar como cada linha argumentativa foi construída e mais ou menos legitimada, de acordo com a posição que os seus defensores ocupavam: do lado dos antinipônicos, estavam profissionais ligados às ciências médicas e, além disso, eles próprios eram os debatedores e as referências científicas para o tratamento do assunto; do outro lado, estava Moraes de Andrade, que respondia a eles, baseando-se em cientistas sociais de referência:

⁵⁹² NUCCI, P. “O perigo japonês”. *Revista História Social* (n. 12), Campinas, 2006, p. 39.

⁵⁹³ MIZUMURA, C. M. S., “Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas”, p. 77, cit.

⁵⁹⁴ Atualmente, o conceito de racismo está mais relacionado à questão do povo negro. No entanto, em estudos que abarcam a primeira metade do século XX, esse conceito foi utilizado, embora com pouca frequência, de forma mais abrangente, fazendo referência ao antissemitismo e ao antiniponismo. NUCCI, P., “Os intelectuais diante do racismo antinipônico no Brasil: textos e silêncios”, São Paulo, 2010, p. 6.

Um antinipônico radical, como Xavier de Oliveira, apresenta argumentos melhor construídos do que os de Moraes de Andrade. O argumento racista contra os japoneses e negros parecia ser mais convincente do que o dos pró-nipônicos ao utilizar-se de uma linguagem e de certo cabedal científico brasileiro e internacional sobre raça, que preconizava a seleção imigrantista e desaconselhava os mestiçamentos entre raças muito “distantes”, como se verá. A força destes tipos de argumentos científicos em criar legitimidade pode ser vista nos textos e discursos de Xavier de Oliveira, Arthur Neiva e Miguel Couto, que ao se tornarem vitoriosos na proposição de restringir a imigração japonesa provam que os manifestos anti-racistas e as novas concepções da sociologia trazidas por Gilberto Freyre ainda não haviam adentrado com força os locais de poder onde estavam se estabelecendo as diretrizes sobre a imigração de estrangeiros⁵⁹⁵.

Mais especificamente, com relação à mulher japonesa, é possível observar uma transformação na representação de sua imagem em um período anterior, nos finais de 1920, de gueixa idealizada ela passa a ser “prostituta de sexualidade perniciosa e mecanismo de transmissão de doenças físicas e morais. Essa situação caracteriza-se pela definição da ruptura relativa dessas imagens, evidentemente condicionadas pelas circunstâncias políticas”⁵⁹⁶.

Além disso, do ponto de vista global, é importante lembrar que a perspectiva antinipônica brasileira não era um caso isolado, uma vez que estava amparada no movimento internacional contra a mestiçagem, que tinha como base argumentos eugenistas pretensamente científicos, como o caso da Alemanha nazista.

Com o início da II Guerra Mundial, embora o Brasil ainda não estivesse envolvido diretamente no conflito, os japoneses e seus descendentes que aqui residiam passaram a viver momentos de muita tensão. Em 11 de março de 1941, o governo assinou um decreto que determinava a responsabilização de japoneses, alemães e italianos que viviam no Brasil por atos de agressão cometidos pelos seus países durante a guerra contra brasileiros:

Abandonando a neutralidade inicial, o governo brasileiro, em 11 de março de 1941, baixou um decreto sobre a indenização por atos de agressão, dispondo que os bens e direitos dos súditos, alemães, japoneses e italianos (pessoas físicas e jurídicas), respondem por prejuízos que para os bens e direitos de pessoas físicas ou jurídicas brasileiras, domiciliadas ou residentes no Brasil, resultaram ou resultarem, de atos de agressão praticada pela

⁵⁹⁵ NUCCI, P. “O perigo japonês”, p. 43, cit.

⁵⁹⁶ TAKEUCHI, M. Y., “Entre gueixas e samurais: a imigração japonesa nas revistas ilustradas (1897-1945)”, p. 259, cit.

Alemanha, pelo Japão ou pela Itália. Daí o confisco que se seguiu atingindo bens pertencentes à comunidade nikkei⁵⁹⁷.

Em agosto de 1942, com o ingresso do Brasil na guerra ao lado dos aliados, as tensões já existentes se intensificaram:

Limitações de toda ordem foram impostas aos súditos do Eixo, tais como: o deslocamento coativo das pessoas que se encontravam em áreas consideradas de segurança nacional; o confisco de bens; a proibição do ensino e do uso da língua de origem; a proibição de rádios, jornais e revistas em japonês; o fechamento de escolas japonesas e do consulado japonês; as prisões indiscriminadas por suspeitas de espionagem. Os arquivos do DEOPS revelam prisões das mais arbitrárias, como, por exemplo, a do nissei José Takayama, em 11 de janeiro de 1944, pelo “crime” de ter-se expressado em público em língua japonesa⁵⁹⁸.

Dessa forma, não é de se estranhar que, durante a II Guerra Mundial, tenha havido um aumento das preocupações nacionalistas e eugenistas e que, por isso, esse período represente um marco na transformação da imagem dos japoneses no Brasil. Assim, no ano em que o Brasil declarou guerra ao Eixo⁵⁹⁹, é possível constatar, por meio de jornais e publicações da época, a presença de uma forte propaganda antinipônica. De acordo com a pesquisadora Priscila Nucci, os textos desse período construíam a imagem dos imigrantes japoneses como inimigos do país, que passaram a ser conhecidos como o “perigo japonês” ou “perigo amarelo”:

O autor caracteriza os japoneses como um “povo inassimilável, fisicamente inferior, moralmente diferente do nosso, instrumento passivo de uma política imperialista [...] contra todo o continente americano”, comparáveis a vírus que invadem o organismo da nação, que deveria ser defendida em seus aspectos geográficos, étnicos e religiosos (COARACY: v-vi e x) [...] Configura-se, nesse momento, a cristalização de uma imagem que foi elaborada durante décadas, ou seja, a imagem do imigrante japonês como inimigo do

⁵⁹⁷ HARADA, K., “As tensões geradas pela Segunda Grande Guerra”. O nikkei no Brasil (3. Edição), São Paulo, 2013, p. 69.

⁵⁹⁸ HARADA, K., “As tensões geradas pela Segunda Grande Guerra”, p. 69, cit.

⁵⁹⁹ Em agosto de 1942, após o afundamento de cinco navios brasileiros e, em função das pressões exercidas pelos Estados Unidos, o Brasil ingressou na Segunda Guerra Mundial ao lado dos Aliados, grupo composto pela França, Inglaterra, EUA e URSS, e declarou guerra ao Eixo, grupo composto pela Alemanha, Itália e Japão. HARADA, K. “As tensões geradas pela Segunda Grande Guerra”, p. 69, cit.

país, como um invasor que não fazia parte da mesma humanidade dos chamados brasileiros e que, portanto, era “inassimilável”⁶⁰⁰.

Nessa época, todas as pessoas que tinham aparência asiática corriam o risco de serem tachadas de agentes japoneses infiltrados. Como a China era aliada do Brasil, na tentativa de diferenciar chineses e japoneses, a polícia política brasileira passou a circular panfletos que falavam de aparência e etnicidade:

Um outro folheto intitulado “Como distinguir um chinês de um japonês” trazia figuras e dicas úteis: “Os chineses são racialmente menos complexos que os japoneses [...]. Os japoneses são maus, os chineses são bons; os japoneses são falsos, os chineses são sinceros; os japoneses são rudes, os chineses são amáveis”⁶⁰¹.

Mais de vinte anos após o fim da II Guerra Mundial, embora os japoneses e seus descendentes não fossem mais considerados como o “perigo amarelo”, as imagens que os representava na mídia ainda estavam carregadas de aspectos discriminatórios:

Nos finais da década de 1970, houve um modismo na propaganda: comerciais de TV com a figura de japoneses falando “errado”, ou seja, ignorando a linguagem culta e carregando no sotaque. Para surpresa de muitos, o sucesso foi enorme. As caricaturas de “japoneses” fizeram grande sucesso: venderam cadernetas de poupança, gravadores, lavadoras de roupa e fixaram a marca de uma desconhecida panela de pressão, a Lares (ou “rares”, como dizia o ator). Parte da comunidade nikkei protestou contra os comerciais, considerados ofensivos e constrangedores. Publicitários reconheciam a utilização de estereótipos ultrapassados e o espírito de gozação, mas defendiam a eficiência de seus anúncios⁶⁰².

É interessante observar que, diferentemente da primeira geração de japoneses no Brasil - os ditos “isseis”-, os seus descendentes - ou “nisseis” -, que são conhecidos como a segunda geração, ainda que tivessem a intenção de se integrar ao povo brasileiro, isso, por si só, não bastava para que deixassem de ser discriminados e fossem, então, considerados brasileiros:

⁶⁰⁰ NUCCI, P. “O perigo japonês”, p. 134, cit.

⁶⁰¹ LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, p. 226, cit.

⁶⁰² MIZUMURA, C. M. S., “Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas”, p. 66, cit.

Não bastou, como defendiam alguns intelectuais nipo-brasileiros, uma nova postura do próprio nikkei: considerar-se sempre brasileiro, reafirmando em todas as situações que não é um “japonês”. A plena inserção não depende apenas da postura e da mentalidade de um grupo – o mundo social externo opera com mecanismos que discriminam e diferenciam, e superá-los não é questão apenas de vontade pessoal ou do grupo⁶⁰³.

Diante disso, na tentativa de transformar e melhorar a imagem dos descendentes de japoneses, intelectuais da comunidade nipo-brasileira criaram diversos projetos valorizando os nisseis, como o programa de rádio “A Voz do Nissei”, transmitido pela rádio Santo Amaro, em 1960, que destacava exemplos de nikkeis bem-sucedidos em diversas áreas⁶⁰⁴.

Por meio dessa retrospectiva histórica, é possível perceber como a imagem dos imigrantes japoneses, a depender do contexto social e político de cada época, foi transformada e, também, o papel desempenhado pela mídia nesse processo de mudança. No início da imigração, quando interessava aos governos do Japão e do Brasil, os japoneses foram vistos como uma “raça não inferior” e, até mesmo, próxima aos brancos europeus, que eram os mais valorizados. Durante a II Guerra Mundial, período em que o fluxo imigratório foi interrompido e que o Brasil declarou guerra ao Eixo, essa imagem foi transformada e os japoneses que aqui viviam passaram a ser vistos como inimigos.

No entanto, é curioso observar que, passados mais de cem anos que os primeiros japoneses chegaram ao Brasil e muitos outros anos após o fim da segunda grande guerra, os brasileiros descendentes de japoneses continuam sendo referidos como nisseis; sanseis; de segunda, terceira ou quarta geração e não simplesmente como brasileiros. Esse aspecto da linguagem revela o quão complexa é a adoção de uma identidade plenamente brasileira.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Embora o Brasil seja o país com o maior número de nikkeis no mundo, não há muitas pesquisas realizadas sobre a temática. O que mais se encontra são estudos sobre a imigração, mas, ainda assim, a oferta não é extensa. Com relação às pesquisas sobre a identidade nikkei e suas representações sociais no Brasil, a quantidade encontrada é ainda mais limitada. Estudos dessa área com recorte de

⁶⁰³ NOMURA, T., “Universo em segredo: a mulher nikkei no Brasil”, São Paulo, p. 66.

⁶⁰⁴ MIZUMURA, C. M. S., “Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas”, p. 70 cit.

gênero são quase inexistentes. E, mais especificamente, pesquisas que abordam a violência contra a mulher nikkei não foram, sequer, encontradas. É por considerar a importância de analisar a violência contra a mulher por uma perspectiva racial que a pesquisa mais ampla, da qual esse artigo faz parte, justifica-se.

A partir das pesquisas encontradas, é possível analisar as transformações pelas quais as representações sociais dos nikkeis passaram no Brasil. Da análise destes trabalhos, nota-se a importância não só de levar em consideração, mas de compreender como os fatos históricos, locais e globais, de cada época, estiveram diretamente articulados com essas mudanças. E, além disso, pensar de que forma a mídia atuou e atua na difusão, manutenção e transformação do imaginário sobre os japoneses.

Politicamente, quando foi interessante para o governo brasileiro se utilizar da mão de obra japonesa em suas terras, a imagem desses imigrantes foi construída e veiculada pelos meios de comunicação de forma amistosa. Posteriormente, no momento em que o Japão se tornou inimigo bélico do Brasil e a força de trabalho dos japoneses já não era mais tão necessária, aqueles, que há pouco tempo, tinham sido convidados a integrar o país, passaram a ser considerados como inimigos da nação.

Além disso, é interessante notar como essas transformações atuaram em relação à imagem da mulher japonesa: de gueixas idealizadas passaram a ser representadas como prostitutas. É curioso perceber como essa transformação, que ocorreu no final dos anos de 1920, vai ao encontro dos debates antinipônicos da Constituinte de 1934, reforçando a ideia racista do perigo e do risco da miscigenação dos brasileiros com os japoneses.

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, nota-se que a imagem dos japoneses como “perigo amarelo” aos poucos foi se transformando. Em parte, porque o Japão deixou de ser considerado como inimigo político e, de outro lado, porque as relações sociais entre brasileiros e japoneses também se alteraram ao longo do tempo. Sobre este último aspecto, a alteração nas relações e nas representações dos japoneses pode ser explicada, em parte, pela mudança na intenção dos nikkeis em relação a sua permanência no Brasil. Se os imigrantes da primeira fase vieram para o Brasil com a ideia de retornar para o Japão, os seus descendentes e os japoneses que vieram no segundo momento, diferentemente, já manifestavam a intenção de aqui se fixarem.

Diante disso, algumas questões permanecem instigando as pesquisas e os debates sobre o tema: de que forma os nikkeis são representados hoje no Brasil? Como esse imaginário sobre os japoneses dialoga com o processo histórico de

transformação dessas representações e, também, com o contexto político local e global da atualidade?

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CZEPULA, C. “Os indesejáveis chins”: a imigração chinesa nas páginas do *Jornal Gazeta de Notícias* (1879). ANPUHSP (XXIII), São Paulo, 2016, p. 1-13.

HARADA, K. “As tensões geradas pela Segunda Grande Guerra”. *O nikkei no Brasil* (3. Edição), São Paulo, 2013, p. 69-73.

JARAMILLO, I. C. “La crítica feminista al derecho”. *Genero y teoria del derecho*, Bogotá, 2000, p. 103-133.

LESSER, J., “A invenção da brasilidade: identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração”, São Paulo, 2015, p. 27-260.

MIZUMURA, C. M. S., “Mulheres no jornalismo nipo-brasileiro: discursos, identidade e trajetórias de vida de jornalistas”, 2011. Disponível em la web « <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/27/27154/tde-23052013-121835/pt-br.php> » [10-05-2019]

NOMURA, T., “Universo em segredo: a mulher nikkei no Brasil”, São Paulo, p. 8-64.

NUCCI, P., “O perigo japonês”. *Revista História Social* (n. 12), Campinas, 2006, p. 133-149.

NUCCI, P., “Os intelectuais diante do racismo antinipônico no Brasil: textos e silêncios”, São Paulo, 2010, p. 1-234.

SAITO, H., “A presença japonesa no Brasil”, São Paulo, 1980, p. 108-143.

SAKURAI, C., “Os japoneses”, São Paulo, 2011, p. 1-3571.

TAKEUCHI, M. Y., “Entre gueixas e samurais: a imigração japonesa nas revistas ilustradas (1897-1945)”, 2009. Disponível em la web « <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-04022010-132805/pt-br.php> » [13-06-2019]

WASELFSZ, J. J., “Mapa da Violência 2015”, 2015. Disponível em la web « http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf » [12-05-2019]

DIREITOS FUNDAMENTAIS E MEIO AMBIENTE EM DIREITO E DEMOCRACIA

BOULHOSA FILHO, Ernesto Feio

Doutorando no Programa de Pós Graduação em Direitos, Instituições e Negócios da UFF, Niterói, Brasil,
boulhosajus@gmail.com

RESUMO

O intuito deste trabalho é explicitar o conceito de direitos fundamentais na teoria de Habermas, mais especificamente em seu livro *Direito e Democracia*. Será enfatizado a questão da preservação do meio ambiente como fio condutor para tal intuito. Nesta perspectiva, realizará um histórico da teoria de Habermas como a reflexão e a problemática a respeito do meio ambiente perpassa a sua trajetória filosófica, quanto a sua preocupação de relacionar direito e democracia. Será defendido que Habermas considera o direito a condições de vida social, técnica e ecologicamente equilibrados como um direito que possibilita a democracia para sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo cultural e por interações sistêmicas e comunicativas.

Palavras-chave: Filosofia do Direito; Filosofia Política; Direito Constitucional; Direito Ambiental e Teoria Crítica.

RESUMEN

La intención de este trabajo es explicita el concepto de derechos fundamentos en la teoría de Habermas, más específicamente en su libro *Derecho y Democracia*. Se enfatizará la cuestión de la preservación del medio ambiente como hilo conductor para tal propósito. En esta perspectiva, realizará un histórico de la teoría de Habermas como la reflexión y la problemática respecto al medio ambiente pasa su trayectoria filosófica, en cuanto a su preocupación por relacionar el derecho y la democracia. Se defiende que Habermas considera el derecho a condiciones de vida social, técnica y ecológicamente equilibradas como un derecho que possibilita la democracia para sociedades contemporâneas marcadas por el pluralismo cultural y por interacciones sistemáticas. y comunicativas.

Palabra-clave: Filosofía del Derecho; Filosofía Política; Derecho constitucional; Derecho Ambiental y Teoría Crítica.

ABSTRACT

The purpose of this work is explicit the concept of fundamental rights in Habermas theory, more specifically in his book Law and Democracy. Emphasis will be placed on the preservation of the environment as the guiding principle for this purpose. In this perspective, he will make a history of Habermas' theory as the reflection and the problematic about the environment permeates his philosophical trajectory, as to his concern to relate law and democracy. It will be argued that Habermas considers the right to social, technical and ecologically balanced living conditions as a right that makes democracy possible for contemporary societies marked by cultural pluralism and by systematic and communicative interactions.

Key-words: Philosophy of Law; Political Philosophy; Constitucional Law; Environmental Law and Critical Theory.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DIREITO AO MEIO AMBIENTE NAS SOCIEDADES COMPLEXAS; III. O DIREITO E A PROBLEMÁTICA DAS SOCIEDADES PLURALISTAS; IV. DA MORAL AO DIREITO: O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

A perspectiva do meio ambiente é uma questão fundamental para o direito. Isso porque se partirmos do pressuposto de que o direito deve garantir a ordem social não faz sentido tal intuito se não houver a preservação da vida ou se não houver o esforço para a preservação das condições ambientais da vida das pessoas.

Habermas diferente de uma perspectiva tradicional da dogmática jurídica em que aborda o direito no ponto de vista da sistemática da norma; ou diferente da perspectiva do direito constitucional o qual aborda o direito no ponto de vista daquilo que está previsto na Constituição; irá se interessar pela questões jurídicas tentando atender problemas específicos inerentes a sua trajetória filosófica. No caso em questão realizar uma renovação da teoria crítica investigando como o

direito e a democracia são fundamentais para se pensar a emancipação das pessoas⁶⁰⁵.

É com esse pano de fundo que se pode pensar a problemática central deste trabalho a respeito do meio ambiente como um direito fundamental. Se na perspectiva da dogmática jurídica e, mais especificamente, do direito constitucional o direito fundamental se configura como um tipo de direito previsto na Constituição o qual é básico para proteção dos indivíduos e, pelo fato de ser previsto na Carta Magna deve ser respeitado por todas as instituições; na obra de Habermas o direito fundamental ganha uma dimensão muito mais ambiciosa, pois se constituirá como um direito o qual é condição de possibilidade para que uma determinada sociedade possa se emancipar. E tal emancipação somente ocorrerá num regime democrático⁶⁰⁶.

Nesse viés, o intuito deste trabalho é tentar demonstrar alguns aspectos desta perspectiva teórica de Habermas a respeito do meio ambiente como um direito fundamental. Será exposto o fio metodológico para que se possa entender porque Habermas considera o direito ao meio ambiente como um direito tão importante. Tal fio metodológico consiste num questionamento de quais os tipos de direito que uma sociedade deve pressupor numa realidade marcada pela problemática da complexidade e do pluralismo cultural.

Nesse viés esse trabalho será desenvolvido em três momentos.

No primeiro momento será iniciada a perspectiva de Habermas a respeito do meio ambiente no ponto de vista das sociedades complexas. Será apresentado como Habermas pensa o direito ao meio ambiente que seja adequado a sociedades marcadas por interações sistêmicas e comunicativas.

No segundo momento será explicado o contexto do desenvolvimento do Direito e Democracia e, como Habermas vai defender um modelo de direito que seja adequado a problemática do pluralismo cultural, no sentido de uma tensão entre eticidade e moralidade.

E por fim, realizando uma diferenciação entre moral e direito, somado a alguns aspectos da teoria do discurso, explicitar como Habermas defende que uma Democracia só conseguirá integrar sociedades contemporâneas marcadas pelo pluralismo cultural e pela complexidade se, dentre outros direitos, reconhecer o direito ao meio ambiente como um direito fundamental.

⁶⁰⁵ DIMOULIS, D., “Manual de Introdução ao Estudo de Direito”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, p. 61.

⁶⁰⁶ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”. Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.61.

II. A PROBLEMÁTICA DO MEIO AMBIENTE NAS SOCIEDADES COMPLEXAS

Nos anos 90 Habermas procura desenvolver uma teoria da Democracia que procurava responder a três questões: (1) primeiro desenvolver uma teoria crítica que seja adequada as novas formas de conflito que surgiram na contemporaneidade, os quais não se resumiam a questões eminentemente econômicas, tais como a luta entre o proletariado e a burguesia; mas também os conflitos feministas, ambientais e artísticos; (2) segundo desenvolver uma teoria crítica sensível a problemática trazida pelos liberais quanto ao problema do pluralismo cultural e como formular uma teoria da justiça ou normativa que compatibilize os ideais da democracia com diferentes formas de vida; (3) e por fim, formular uma teoria crítica que coloque o lastro da emancipação nos potenciais normativos contidos na teoria do agir comunicativo; aqui Habermas terá o desafio de formular um modelo comunicativo de emancipação compatível com uma teoria das sociedades complexas, nos quais a relação entre mundo da vida e sistemas se torna crucial ⁶⁰⁷.

O fio condutor para se pensar estas questões é a formulação da tensão entre facticidade e validade que ocorrem basicamente em 3 (três) níveis: da linguagem, da ordem social e do direito. Neste tópico serão explanadas a tensão entre facticidade e validade na ordem social e no direito; no próximo tópico será inserido a problemática da tensão na linguagem na questão do pluralismo cultural.

Para se compreender a tensão entre facticidade e validade na ordem social é necessário compreender, primeiramente, o que Habermas está preocupado.

Habermas começa problematizando como uma sociedade pode se estabelecer socialmente a fim de coordenar as ações dos indivíduos. Como as pessoas podem coordenar as suas ações de tal maneira que não somente uma pessoa possa coordenar sua ação perante o mundo e o outro, mas também que uma pessoa possa coordenar sua conduta levando em consideração que o outro também tem a preocupação de coordenar a conduta dele em relação a esta pessoa?

Esta dupla contingência, da pessoa ter que coordenar sua conduta individualmente e de ter que coordenar sua conduta levando em consideração a necessidade que o outro também precisa coordenar a ação dele é a problemática

⁶⁰⁷ WERLE, D. L., “Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas”, Campinas, 2012, pp.169.

sociológica principal que Habermas vai formular para pensar o problema da tensão entre facticidade e validade⁶⁰⁸.

Neste viés a preocupação de Habermas é com a questão de como pode haver integração social. E este problema é absolutamente relevante para um projeto de teoria crítica, nos termos de Habermas, haja vista que ele irá defender que são os potenciais de diálogo e presentes nas estruturas sociais constituídas pela linguagem voltada para o entendimento é que oferecerão garantias filosóficas de que uma Democracia é possível⁶⁰⁹.

E tal problema, na perspectiva sociológica, fará Habermas posicionar sua teoria em frente algumas tradições sociológicas que tentam compreender como é possível a integração social, que na perspectiva de Habermas, compreendem de forma errônea, impossibilitando assim o próprio projeto de uma teoria da Democracia.

Para Habermas qualquer Democracia nas sociedades contemporâneas somente serão possíveis se adequadas as sociedades complexas. E sociedades complexas aqui consiste numa teoria marcada por duas ordens sociais, mundo da vida e sistemas.

No mundo da vida predomina as interações comunicativas. Isso significa que basicamente os atores reproduzem a vida social por meio de práticas sociais orientadas para o entendimento, tendo como pano de fundo um consenso linguístico e normativo. O que será importante nesta ordem social é que a intenção dos indivíduos é relevante para a construção do mundo social⁶¹⁰.

Já na teoria dos sistemas predomina as interações estratégicas e instrumentais. Isso porque nesta esfera social a reprodução da vida social não se dará pela capacidade dos agentes de se utilizarem do potencial normativo ou comunicativo. Mas sim, por meio de capacidades sistêmicas, presentes na sociedade, os quais permitem que haja uma regulação das ações sociais não por meio da intenção ou da sua orientação para o entendimento, mas por meio da regulação das consequências não pretendidas das ações sociais⁶¹¹.

O mundo da vida, o qual se reproduz por meio da ação comunicativa, abarca as criações, as formas sociais de solidariedade e as estruturas da

⁶⁰⁸ HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.40

⁶⁰⁹ HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", cit., pp.40

⁶¹⁰ JOAS, H.; KNOBL, W., "Twenty Introductory Lectures". Cambridge University Press, 2012, pp.238.

⁶¹¹ JOAS, H.; KNOBL, W., "Twenty Introductory Lectures", cit., 2012, pp.238; HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", Volume I. Rio de Janeiro, 1997, pp.61.

personalidade individual. Já os sistemas predominam na esfera do mercado e do estado, os quais predominam as linguagens do poder e do dinheiro⁶¹².

Estes dois tipos de interação são marcados por certa tensão, tendo em vista que um tipo de interação enfatiza como as pessoas constroem seu mundo social de maneira consciente e outro tipo de interação enfatiza a construção do mundo social de maneira inconsciente.

Essa questão da tensão é importante porque está relacionado com o problema da autonomia. Como é possível o exercício de uma autonomia privada e de uma autônoma pública em sociedades complexas em que a ação dos indivíduos é cada vez mais dependente ou afetada por estruturas institucionais como o mercado e o estado que possuem lógicas para além do seu controle individual?

Ou seja, se a lógica dos sistemas acusa que os indivíduos possuem cada vez menos controle sobre suas ações; e a lógica do mundo da vida preserva uma teoria da subjetividade em que os indivíduos devem ser conscientes das suas ações e se utilizam de uma linguagem para entender uns com os outros e para compreender as questões da realidade; fica a questão de como os indivíduos podem ser autônomas em sociedades marcadas por lógicas que estão para além do seu controle e sua consciência.

É nesta última ideia que se pode compreender a tensão entre facticidade e validade na ordem social.

Habermas, coerente com a sua teoria dos sistemas e do mundo da vida, assumirá o pressuposto teórico de que somente numa perspectiva da ação social é impossível compreender como se constrói uma ordem social. É necessário também considerar que a ordem social é construída com consequências não premeditadas das ações sociais e por motivos e dimensões simbólicos mais profundas que aquelas presentes na intenção dos agentes.

Para Habermas no decorrer da evolução social cada vez mais a integração social é dependente do agir comunicativo, no sentido de um agir social crítico (questionador) e reflexivo. Isso porque as antigas instituições como os costumes e as religiões foram perdendo seu poder de integração, haja vista uma perspectiva crítica foi crescendo juntamente com a pluralização das formas de vida e dos espaços funcionalmente integrados como o Estado e o mercado que se apoiaram em estruturas culturais laicas⁶¹³.

⁶¹² REPA, L.; NOBRE, M., “Introdução – Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso”. Campinas, 2012, pp.166.

⁶¹³ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.42

Para Habermas a diferenciação social, a formação de estruturas sociais que permitiram a formação de diferentes papéis sociais e interesses, possibilitou que ação instrumental estratégica pudesse ser praticada em larga escala formando assim espaços sociais funcionalmente diferenciados. Entretanto, por mais que se pudessem formar tais espaços ainda fica pendente a maneira como tais espaços são integrados, haja vista que num ponto de vista da ordem social somente por meio do entendimento, mesmo em sociedades de grandes massas, é possível a integração das sociedades complexas⁶¹⁴.

Dessa forma Habermas vai defender que existe uma tensão entre facticidade e validade nos potenciais de entendimento do agir comunicativo que permitem a integração e coordenação das ações por meio do diálogo e do agir instrumental estratégico o qual é liberado de se utilizar dos potenciais de consenso presentes no mundo da vida. Tal tensão será transposta como uma tensão entre duas ordens sociais concorrentes: entre o mundo da vida e os sistemas.

O direito, nesta conjuntura, assumirá uma perspectiva de conciliação de duas ordens sociais. Pelo fato destas duas ordens sociais estarem em constante tensão visto que suas racionalidades são antagônicas, já que uma se reproduz pelo entendimento e intenção dos agentes e a outra pela consequência não premeditada das ações individuais e por aspectos funcionais, Habermas verá na linguagem do direito uma possibilidade de garantir que estas duas ordens sociais se comuniquem e que os potenciais de diálogo e de liberdade nas sociedades complexas seja preservado.

Se apropriando dos teóricos do contrato social como Hobbes e da filosofia como Kant Habermas irá buscar na ideia de contrato e na ideia de legalidade a possibilidade de pensar como o direito permite a institucionalização de um conjunto de liberdades os quais serão a condição de possibilidade para se pensar a Democracia⁶¹⁵.

A teoria do contrato de Hobbes tenta pensar como uma ordem social regida politicamente pode se ordenar de tal modo que todos possam organizar suas liberdades sem afetar as liberdades dos outros. Para Hobbes num estado de natureza todos os homens tentam impor sua liberdade de forma individual sem levar em conta a liberdade do outro. Como consequência gera um estado de desordem em que existe sempre o perigo do mais forte impor sua vontade sobre o mais fraco. Para resolver tal impasse Hobbes acredita que somente por meio de

⁶¹⁴ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.45

⁶¹⁵ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”. Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.45

um contrato social no qual os homens vão abdicar do uso da violência e de sua liberdade em prol do Estado permitirá que uma comunidade política possa se consolidar⁶¹⁶.

Por trás dessa ideia fundamental existe uma pretensão teórica de estabelecer limites ao poder político, no sentido de que a coação estatal e sua força não sejam usadas de forma abusiva ou ilegítima contra os cidadãos comuns.

Neste viés Habermas vai buscar em Kant uma formulação do direito para tentar dar uma resposta a esta questão da legitimação do poder político. Habermas interpreta em Kant que existe uma tensão no direito moderno no sentido de que o direito não pode se institucionalizar e se impor somente por meio do uso da força ou de convenções sociais, mas necessita também de uma dimensão normativa associada ao reconhecimento de liberdades e de razões. Habermas vai denominar tais dimensões, respectivamente, como uma tensão entre facticidade e validade⁶¹⁷.

Isso porque na verdade a questão colocada por Hobbes é sobre a possibilidade de se formular uma teoria normativa que possa oferecer uma teoria da legitimidade do poder coativo do Estado. Kant formulará o princípio da legalidade como uma tentativa de responder tal questão. Para ele somente por meio do reconhecimento de iguais direitos subjetivos (fundamentais) é que se pode legitimar o poder coativo. Em outras palavras, uma coação política só é legítima contra um determinado cidadão se tal coação foi autorizada por este mesmo cidadão por meio do uso de uma liberdade pública e que o resultado de tal coação resultará em maior liberdade privada a todos⁶¹⁸.

Kant liga o direito a coação. Para ele uma coação só é legítima se fundada na ideia de que tal coação impedirá abusos de liberdade de um a outrem. Para ele é possível ligar a liberdade de cada um a liberdade de outrem segundo leis gerais. É tal princípio que fundará a legitimidade da coerção⁶¹⁹.

Habermas vê nesta ideia kantiana a possibilidade de elucidar a tensão entre facticidade e validade que ocorre no direito. Isso porque, por um lado o direito é ligado aos aspectos fáticos da positividade e da coerção jurídica que correspondem a ideia de que o direito está indissolúvelmente ligado ao poder político e a coerção, diferente da moral. Porém, por outro lado, Habermas vê no direito uma pretensão de validade normativa que aspira a um ideal de legitimidade e de liberdade que faz

⁶¹⁶ CHAUI, M., "Convite à Filosofia", Editora Ática, São Paulo, 2000, p.517.

⁶¹⁷ HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade". Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.45

⁶¹⁸ HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", cit., pp.48-51

⁶¹⁹ HABERMAS, J., "Direito e Democracia: entre facticidade e validade", cit., pp.50

com que o direito não se institucionalize somente em decorrência do seu poder fático, mas também pelo reconhecimento que ele reivindica⁶²⁰.

Quando pensado no plano sociológico, na perspectiva da teoria da ação e da construção da ordem social, tal tensão entre facticidade e validade no direito ganhará outros contornos. Como o direito se institucionaliza numa perspectiva da validade social dos procedimentos legais e da força e numa perspectiva da validade normativa das razões jurídicas e da liberdade, tal fato permitirá que os atores possuam dois enfoques diferentes. Eles podem assumir um enfoque objetivador no sentido de cumprir a norma devido a um interesse estratégico de evitar a sanção ou podem cumprir a norma tendo em vista acreditarem na validade intersubjetiva da norma⁶²¹.

Como consequência, na perspectiva de Habermas, isso permite que o direito regule formas de interação onde predomina um agir estratégico instrumental ou aqueles âmbitos que predominam o agir comunicativo. No primeiro caso os atores poderão agir de maneira individual sem necessitar motivar suas ações com exceção de terem a obrigação de adequarem sua conduta a norma. Já no segundo caso os atores poderão se utilizar das expectativas das normas juridicamente compartilhadas para coordenar suas ações sociais. Neste caso eles precisam partir do pressuposto de que estão seguindo as normas pelo fato de que se baseiam em normas jurídicas fundamentadas coletivamente⁶²².

O direito está ligado a estruturas comunicativas ligadas ao mundo da vida que aspiram a uma fundamentação racional do seu sentido. No caso do direito moderno, com base na interpretação da teoria de Kant, pode-se dizer que existe uma aspiração de liberdade e igualdade presente na tradição dos direitos subjetivos que permitirá a elucidação de como configura a validade no direito das sociedades contemporâneas.

Os direitos subjetivos conceituados como um conjunto de direitos que devem ser reconhecidos para que uma determinada ordem jurídica possa se legitimar, possui uma tensão entre um reconhecimento individual de direitos e um reconhecimento de liberdades públicas. Para Habermas tais dimensões remetem a indissolúvel ligação entre autonomia privada e autonomia pública. Um direito a um só tempo só pode se legitimar se reconhecer liberdades subjetivas aos seus cidadãos de exercerem sua vontade individual e, simultaneamente, de permitirem

⁶²⁰ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.50-51

⁶²¹ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.52

⁶²² HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.61

que tais liberdades individuais sejam legitimadas por meio do exercício de liberdades públicas⁶²³.

Como consequência o direito ajudará na integração social. Como já explicado anteriormente, o agir comunicativo permite que por meio da linguagem e das pretensões de validade apresentados as ações sociais possam se orientar. Por meio da comunicação as pessoas podem coordenar suas condutas e resolver seus conflitos. Entretanto, para Habermas o agir comunicativo é um meio de integração social muito frágil em sociedades complexas em que vários âmbitos como o mercado predominam um agir estratégico. O risco de dissenso é muito alto⁶²⁴.

O direito desta maneira, por meio da sua dupla face de Janus, possibilita que um determinado agir seja orientado tanto por normas quanto para evitar a sanção permitindo que interações sociais possam ocorrer e se integrar com um risco de dissenso menor. O direito consegue regular âmbitos em que predomina o agir instrumental estratégico por meio da sua estrutura que se constitui de autonomia pública e privada⁶²⁵.

A legislação política, por exemplo, permite que grandes âmbitos sociais como o mercado sejam minimamente coordenados e regulados por meio do reconhecimento de uma autonomia pública ancoradas nas estruturas informais da esfera pública somada ao exercício representativo do legislativo.

III. O DIREITO E A PROBLEMÁTICA DAS SOCIEDADES PLURALISTAS

A teoria de Habermas vai incorporar uma problemática a qual será muito importante para a questão do meio ambiente. Tal problemática está relacionada a diferença entre eticidade e moralidade, herança de uma perspectiva liberal. Habermas será um autor que a seu modo recuperará uma perspectiva de justiça liberal, no sentido de se questionar quais as perspectivas normativas que poderiam ser aceitas por todos de um ponto de vista racional; entretanto, ao mesmo tempo, levará a sério a problemática que em sociedades modernas os diferentes modos de vida culturais são um fato.

Nesse viés a teoria de Habermas será caracterizada por duas características: (1) a primeira a defesa de uma perspectiva cognitiva sobre as questões normativas no sentido de que estas podem ser discutidas de maneira racional; (2) a

⁶²³ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.61-62

⁶²⁴ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.61-63

⁶²⁵ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.61-63

segunda uma certa prioridade deontológica da justiça sobre o bem. Estas duas ideias serão o pano de fundo da perspectiva da tensão entre facticidade e validade na linguagem e no direito de Habermas⁶²⁶.

Neste tópico será explanado como Habermas desenvolve uma teoria a qual está preocupado em retomar a problemática da fundamentação cognitiva das questões normativas em sociedades marcadas por diferentes modos de vida culturais; no próximo tópico será realizada a diferença entre moral e direito e explicado como o direito ao meio ambiente será considerado como um direito fundamental.

A dimensão deontológica da teoria de Habermas pode ser apontada dentro de duas perspectivas: a inviolabilidade da pessoa e a neutralidade ética da justificação do Estado de direito.

A inviolabilidade da pessoa é a consideração de que o indivíduo possui alguns direitos que nenhum cálculo de bem-estar ou ideia de bem comum de toda a sociedade pode desconsiderar. Aqui já existe um prenúncio que será explicitado mais à frente da ideia de direitos fundamentais⁶²⁷.

A neutralidade ética do Estado significa consiste no princípio que o Estado deve ser fundamentado de tal maneira que deve ser neutro em relação as concepções éticas, filosóficas, morais e religiosas abrangentes⁶²⁸.

Porém, no ponto de vista filosófico, para se compreender o projeto de Habermas de defesa de uma neutralidade ética é necessário compreender primeiramente alguns pressupostos da sua teoria da linguagem. Visto que, no ponto de vista da filosofia, se torna um desafio construir uma teoria que seja capaz de transcender o contexto cultural do qual está partindo.

Pode-se dizer que houve uma virada na filosofia. Tal virada está relacionada com a questão de colocar a linguagem como uma dimensão central para o filosofar. Se outrora a linguagem era uma questão entre outras das análises filosóficas hoje em dia se defende que é impossível filosofar sem uma teoria da linguagem. Isso significa que todas as questões referentes ao mundo da natureza e da cultura devem passar por uma mediação crítica de uma determinada concepção da linguagem⁶²⁹.

⁶²⁶ WERLE, D. L., “Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas”, Campinas, 2012, pp.170

⁶²⁷ WERLE, D. L., “Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas”, cit., pp.170

⁶²⁸ WERLE, D. L., “Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas”, cit., pp.170

⁶²⁹ OLIVEIRA, M. A.. Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea. São Paulo, 2006, pp.12-13; HABERMAS, J. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Rio de Janeiro, 2003, pp.24-25.

Nessa virada para a linguagem resultou em uma problemática o qual Habermas irá se posicionar na sua teoria. Esta problemática está relacionada ao próprio status da razão e qual o seu fundamento e universalidade, denominado o problema do contextualismo.

Uma vez ocorrida a virada linguística chegou-se a constatação que a razão ocidental é historicamente e contextualmente determinada. Aquela pretensão de razão universal, ligada aos ideais de emancipação do iluminismo foram severamente questionados, haja vista que por trás de uma razão neutra e emancipadora se encontra uma razão mais profunda, ligada a dimensão social e contextual, o qual não é capaz de se universalizar sem ferir a alteridade do outro.

Isso significa que uma concepção de razão filosófica que defende a impossibilidade do filósofo ou do teórico transpor o seu mundo da vida tem como consequência uma concepção de razão impossibilitada de se posicionar de forma imparcial. Como consequência as estratégias cognitivas da moral, do direito e da política ficam severamente ameaçadas⁶³⁰.

Em cima desse pano de fundo que a teoria da tensão entre facticidade e validade na linguagem irá se formular. Contra a fragmentação do conhecimento Habermas irá defender uma concepção holística situada nos potenciais linguísticos da razão comunicativa que estará em constante tensão contra o conhecimento técnico fragmentado; e contra as estratégias contextualistas uma perspectiva de razão dialógica ancorada numa concepção pragmática da linguagem em constante tensão contra os contextos de vida contingentes.

Para Habermas a perspectiva da metafísica de tentar compreender as totalidades do mundo e identificar as dimensões ahistóricas e atemporais do mundo foi superada. Num período de pensamento pós metafísicos somente uma teoria da linguagem adequada pode lidar com um programa de fundamentação do direito⁶³¹.

Para formular sua teoria da verdade Habermas se baseia em Pierce. Para Pierce na própria linguagem existe uma pretensão de verdade no qual cada participante ao enunciar uma afirmação sobre um mundo está pretendendo persuadir uma comunidade de intérpretes universais que compartilham um mesmo mundo da vida. Pierce pensa aqui numa comunidade de cientistas que buscam uma busca cooperativa da verdade⁶³².

⁶³⁰ OLIVEIRA, M. A.. “Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea”, cit., pp.345.

⁶³¹ HABERMAS, J., “Consciência Moral e Agir Comunicativo”, Rio de Janeiro, 2003, pp.51

⁶³² HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.31-32

Entretanto, realizando uma reinterpretação de Pierce, Habermas faz duas diferenças em relação ao mesmo. A primeira é que as pretensões de validade não se resumem somente a uma emanção dos contextos de vida particulares, mas sim pretensões presentes nas estruturas comunicativas universais dos homens. Segundo que tais pretensões de validade não se resumem a uma comunidade de intérpretes dotados de algum conhecimento científico, mas sim a um potencial presente na linguagem cotidiana⁶³³.

Desta maneira, reinterpretando o problema do cientificismo e do contextualismo, Habermas formula a tensão entre facticidade e validade como uma tensão entre as pretensões especializadas do conhecimento científico com a pretensão holística do conhecimento filosófico ancorado nas estruturas do mundo da vida; e contra o contextualismo como uma tensão entre os discursos dos modos vida provincianos e as estruturas comunicativas universais.

Nesse viés, quando se pensa no Direito, é importante também desenvolver mais uma perspectiva da teoria de Habermas. Conforme a teoria discursiva quando ocorre uma prática linguística sempre existe uma pretensão de racionalidade de que o alter e o ego possam chegar num consenso e se entender num caso concreto. Caso os parceiros do diálogo não compreendam tais práticas, eles podem problematizar tais atos linguísticos seguindo uma nova prática comunicativa a fim de recuperar o potencial de consenso deste desentendimento. Tal prática comunicativa nova é denominada de discurso⁶³⁴.

No caso do direito a racionalidade característica de suas práticas são as pretensões de correção normativa que têm como características a busca discursiva por uma correção através de argumentos. Isso significa que a teoria do Direito deve ser vista como uma ordem de argumentos por enquanto coerentes, construída provisoriamente, a qual se vê exposta à crítica ininterrupta⁶³⁵.

A partir daqui Habermas pode reformular um programa de fundamentação que recupere o caráter cognitivo das práticas jurídicas, absolutamente coerente com seu projeto de teoria crítica. Por meio de uma teoria da linguagem é possível recuperar os potenciais de consenso presentes no mundo da vida. E ao mesmo tempo explanar como neste mesmo pano de fundo de fundamentação do direito existe uma tensão entre a dimensão provinciana e a dimensão universal do direito.

⁶³³ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, cit., pp.32-34

⁶³⁴ SIEBENEICHLER, F. B., “Razão Comunicativa e Emancipação”, Rio de Janeiro, 1990, pp.96

⁶³⁵ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.282

Nesta perspectiva, Habermas faz uma distinção entre normas e valores. As normas têm um sentido deontológico. Os valores um sentido teológico. Os valores são compreendidos como preferências compartilhadas intersubjetivamente; já as normas obrigam seus destinatários sem exceção e em igual medida a um comportamento que preenche expectativas generalizadas. As normas têm um sentido binário e universal. Os valores têm um sentido de preferências ou são válidas somente para os modos de vida culturais⁶³⁶.

Para Habermas nas sociedades modernas a moral e o direito só podem ajudar na integração social se tiverem um sentido deontológico. E na perspectiva da uma teoria da legitimidade das instituições políticas, somente uma teoria da moral e do direito que tenha um sentido deontológico é possível oferecer uma teoria da legitimidade adequada para a problemática das sociedades pluralistas.

IV. DA MORAL AO DIREITO: O MEIO AMBIENTE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL

Do começo ao fim na teoria do Direito de Habermas ele está preocupado com a perspectiva da legitimidade. Isso significa se opor a qualquer perspectiva jurídica que ignore tal dimensão. Consoante com sua teoria do discurso Habermas irá preceituar uma visão procedimental do direito em que os procedimentos de criação das leis são fundamentais para se compreender como as Democracias podem integrar as sociedades complexas.

Por outro lado, Habermas leva em conta que o direito possui uma dimensão complexa o qual não pode ser simplesmente fundado por meio de uma teoria. O direito possui uma relação com a política no qual para se compreende-la é necessário partir do pressuposto que algumas características do direito moderno são funcionais para estabilizar sociedades complexas.

Luiz Reza expõe tal perspectiva por meio de dois conceitos: a gênese lógica dos direitos e a forma jurídica.

Para explicar a forma jurídica é necessário realizar uma diferenciação entre direito e moral. A moral e o direito, ao contrário da tradição jusnaturalista são dimensões que devem ser complementares e não de hierarquia⁶³⁷.

Para Habermas, o direito e a moral são duas facetas sociais que têm a função de estabilizar as sociedades complexas. Nas sociedades pós tradicionais,

⁶³⁶ HABERMAS, J., “A inclusão do outro”, São Paulo, 2002, pp.282

⁶³⁷ REZA, L., “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas”, Curitiba, 2010, pp.143

em que a tradição, costume, convenção e direito consuetudinário não são capazes de estabilizar as sociedades, o direito e a moral aparecem como dimensões funcionais que podem auxiliar as sociedades modernas a se integrarem normativamente⁶³⁸.

A moral se singulariza por sua universalidade, por ser um sistema de saber e pela sua abstração. O que significa, respectivamente, que a abrangência de sua aplicação é universal, no sentido de que as suas pretensões de validade se estendem para todos os seres humanos, independente da comunidade política ou jurídica; que é um sistema de saber que somente orienta os atores a agir de determinada forma, mas não possui poder coativo; e, devido a sua abstração, a sua eficácia para a integração social é muito baixa, visto que o elevado ônus dos indivíduos de interpretar e estarem dispostos a seguir seus preceitos nas sociedades complexas⁶³⁹.

Habermas, em decorrência disso, defende que o Direito deve ser visto como um sistema de ação social que pode servir como uma alternativa para suprir os déficits funcionais da estabilização das sociedades complexas. O Direito tem algumas características cognitivas, motivacionais, organizatórias e inauditas, dos quais são mais eficientes que a moral⁶⁴⁰.

Cognitivas, no sentido de que o Direito possui um sistema político organizado, uma comunidade de especialistas e uma prática de decisão institucionalizada que preceitua de forma mais precisa que a moral os seus mandamentos normativos. Por consequência, o Direito tem características mais eficientes de orientar cognitivamente a conduta dos indivíduos. Motivacionais, no sentido de que, enquanto a moral exige que as pessoas tenham motivação para agir moralmente e concordar com ela, o direito tem aspectos coercitivos de preceituar as condutas dos agentes que se preocupam somente com as consequências e aspectos externos das suas condutas que exigem um ônus menor de motivação que a moral; organizatórios, no sentido de que enquanto a moral é universalista e exigente de maneira abstrata, o direito precisa se preocupar com dimensões mais plausíveis de efetivação de seus preceitos normativos, como consequência, somente em instituições jurídicas e políticas com seus destinatários determinados de maneira mais precisa pode-se criar mecanismos de realização da justiça; por fim, enquanto a moral se

⁶³⁸ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.148-149

⁶³⁹ HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.148-150

⁶⁴⁰ REPA, L. *A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas*. Curitiba, 2010, pp.144

refere principalmente a pessoas, o direito criar mecanismos funcionais para imputação de deveres e direitos a pessoas fictícias⁶⁴¹.

Essas características mostram que o direito tem uma dimensão ou dimensões funcionais que ajudam a estabilizar sociedades complexas; e também explicita a importância da relação do direito com o poder político para a realização desta tarefa.

Porém, para Habermas, o grande problema das abordagens do Direito é que resumiram a sua compreensão somente a esses aspectos funcionais. Como resultado ignoraram que para o direito integrar a sociedade é necessário também que a dimensão comunicativa e da legitimidade seja levada em conta, no sentido, de que as condutas dos indivíduos são orientadas não somente por uma dimensão de sentido mais também possuem pretensões de validade com justificação do direito posto.

Nesse viés, Habermas utilizará a teoria do discurso para tentar preencher este déficit. Ele vai afirmar que somente um direito combinando características funcionais com um procedimento de normatização legítima permitirá a formulação adequada de um direito que possa integrar as sociedades complexas⁶⁴².

A dimensão da legitimidade ocorrerá por meio de um experimento teórico abstrato no qual Habermas defenderá um sistema de direitos fundamentais os quais servirão como condição de possibilidade da Democracia e, da integração das sociedades complexas. Nesse experimento Habermas demonstrará que, somente pressupondo que iguais direitos subjetivos de ação e de participação política se pressupõem mutuamente. É nesse viés que será inserido a temática do direito ao meio ambiente como um direito fundamental.

O princípio da democracia consiste num entrelaçamento entre a forma do direito e o princípio do discurso⁶⁴³.

A forma do direito, como já explicitado, consiste justamente nos aspectos sociológicos que diferenciam o direito da moral. Os aspectos cognitivos, motivacionais, organizatórios e inauditos que preenchem os déficits funcionais da moral. Entretanto, como já explicado, o direito não se resume aos seus aspectos funcionais. Também é necessário levar em conta a dimensão da legitimidade.

⁶⁴¹ HABERMAS, J., *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.150-154

⁶⁴² HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.142

⁶⁴³ REPA, L. “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas”, Curitiba, 2010, pp.147

Tal dimensão vai se manifestar por meio do princípio do discurso e do princípio da democracia. O princípio do discurso consiste numa exigência pragmática de fundamentação das questões normativas na sociedade moderna, no qual preceitua que são válidas todas as normas de ação as quais todos os possíveis atingidos poderiam dar o seu assentimento na qualidade de participantes do discurso racional⁶⁴⁴.

O princípio do discurso traz os pressupostos linguísticos os quais foram explicados no tópico passado de crítica ao contextualismo e defesa de um programa de fundamentação da moral e do direito (questões normativas) de maneira racional. O princípio do discurso se assenta na possibilidade que as questões morais e jurídicas podem ser fundamentadas racionalmente, contanto que aqueles que sejam (ou possam ser) afetados por quaisquer normas de ação, tenham a possibilidade de se manifestar como participante de um discurso racional⁶⁴⁵.

Já o princípio da democracia parte do pressuposto de que o direito para poder ser fundamentado deve combinar a forma jurídica e o princípio do discurso. Nesse caso será um princípio que afirmará que só podem ter validade jurídicas as leis capazes de encontrar o assentimento de todos os parceiros do direito, num processo jurídico de normatização jurídica. Este princípio explicita a exigência de autodeterminação política como uma condição de possibilidade para a legitimidade do direito, no sentido do reconhecimento mútuo dos parceiros do direito de liberdades privadas e públicas.

Desse entrelaçamento, da forma jurídica e do princípio da democracia, surgem uma sequência de cinco direitos fundamentais. Os três primeiros direitos são: a maior medida possível de liberdades subjetivas de ação, dos direitos que estabelecem o status de membro de uma associação jurídica e de direitos que garantem a possibilidade de postulação judicial e proteção de direitos individuais⁶⁴⁶.

A quarta categoria está relacionada aos direitos de participação igual nos processos de formação da opinião e da vontade. Neste viés, são os direitos relacionados a autonomia pública, no sentido de garantir reflexividade ao direito por meio da participação dos cidadãos na feitura das leis e na política⁶⁴⁷.

⁶⁴⁴ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.142

⁶⁴⁵ HABERMAS, J., “Direito e Democracia: entre facticidade e validade”, Volume I, Rio de Janeiro, 1997, pp.142

⁶⁴⁶ REPA, L., “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas”, Curitiba, 2010, pp.147

⁶⁴⁷ REPA, L., “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas”, cit., pp.148

Por fim, a quinta categoria que é a mais importante para este trabalho, está relacionado as condições materiais para que possam ser exercidas tanto a autonomia privada quanto a pública. São os direitos ao bem estar social, técnico e ecológico os quais permitem o exercício das autonomias privada e pública⁶⁴⁸.

O direito ao meio ambiente como uma condição de vida para o exercício das autonomias privada e pública serão considerados como direitos fundamentais os quais serão uma exigência de qualquer Democracia que queira lidar com o fato do pluralismo cultural e das sociedades complexas. E, com a exigência de uma teoria crítica compromissada com a emancipação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O intuito deste trabalho foi demonstrar a perspectiva habermasiana a respeito da importância da preservação do meio ambiente e da consideração deste como um direito fundamental.

Neste viés, foi realizada uma diferença entre direitos fundamentais na dogmática jurídica e direitos fundamentais na teoria de Habermas, no ponto de vista do direito ao meio ambiente. Na dogmática jurídica o direito ao meio ambiente é tratado dentro de uma perspectiva da norma; e na Constituição Federal o direito ao meio ambiente é considerado como um direito fundamental que legitima o poder político.

Foi explicitado como a teoria do meio ambiente como direito fundamental, na perspectiva de Habermas, se posiciona em relação a duas problemáticas. Das sociedades complexas e do pluralismo cultural.

As sociedades complexas se caracterizando pela tensão entre ações conscientes e ações inconscientes e o pluralismo cultural pela tensão entre eticidade e moralidade.

E, por fim, como a preservação do meio ambiente está inserido na sua perspectiva de Direito e Democracia no qual para Habermas o direito a preservação do meio ambiente é uma condição fundamental para qualquer Democracia se legitimar e integrar sociedades contemporâneas marcadas pelo desafio das sociedades complexas e do pluralismo cultural.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

⁶⁴⁸ REPA, L., “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas, cit., pp.148

- BANNWART, C. J. J., “Estruturas normativas da Teoria da Evolução social de Habermas” 2008, 265 f. Dissertação (Doutorado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2008.
- CHAUI, M., “Convite à Filosofia”, Editora Ática, São Paulo, 2000.
- DIMOULIS, D., “Manual de Introdução ao Estudo de Direito”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.
- FREITAG, B., “Teoria Crítica Ontem e Hoje”, Brasiliense, São Paulo, 1986.
- HABERMAS, J., “A nova intransparência: a crise do Estado de bem-estar social e o esgotamento das energias utópicas”, Tradução de Carlos Alberto Marques Novaes, Novos Estudos Cebrap, nº 18, p. 77-102, São Paulo, setembro/1987.
- HABERMAS, J., “Pensamento Pós Metafísico: estudos filosóficos”, Tempo Brasiliense, Rio de Janeiro, 1990.
- HABERMAS, J., “Direito e Democracia: Entre Faticidade e Validade”, Volume I, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1997.
- HABERMAS, J., “A inclusão do outro”, Edições Loyola, São Paulo, 2002.
- HABERMAS, J., “Consciência Moral e Agir Comunicativo”, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.
- HABERMAS, J., “Teoria do Agir Comunicativo: Racionalidade da Ação e Racionalização Social”, Volume I, Martins Fontes, São Paulo, 2012.
- HORA PEREIRA, L. J., “A noção de capitalismo tardio na obra de Jurgen Habermas: em torno da tensão entre capitalismo e democracia”. 2012, 232 f. Dissertação (Mestrado em Filosofia) – Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2012.
- JOAS, H.; KNOBL, W., “Twenty Introductory Lectures”, 7th printing, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
- MCCARTHY, T., “La teoria crítica de Jurgen Habermas”, 3.ed, Tecnos, Madrid, 1995.
- MORAES, A., “Direito Constitucional”, 33.ed., Atlas, São Paulo, 2017.
- OLIVEIRA, M. A., “Reviravolta linguístico-pragmática na filosofia contemporânea”, 3. ed., Edições Loyola, São Paulo, 2006.
- POSTONE, M., “Tempo, Trabalho e Dominação Social”, Boitempo Editorial, São Paulo, 2014.
- REPA, L., “A teoria reconstrutiva do direito. Notas sobre a gênese lógica do sistema de direitos fundamentais em Habermas”. Dois pontos: justiça, virtude e democracia: da amizade ao reconhecimento, Curitiba, São Carlos. v. 7, n. 2, p. 141- 156, out.2010.
- REPA, L.; NOBRE, M., “Introdução – Reconstruindo Habermas: etapas e sentido de um percurso”. In: REPA, Luiz; NOBRE, Marcos (Org). Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana, Editora Papirus, Campinas, 2012.

REPA, L., “Jurgen Habermas e o modelo reconstutivo da teoria crítica. In: NOBRE, Marcos (Org), “Curso livre de teoria crítica”, Editora Papirus, Campinas, 2013.

SIEBENEICHLER, F. B., “Razão Comunicativa e Emancipação”, 2.ed., Edições tempo Brasileiro Ltda, Rio de Janeiro, 1990.

SILVA, F. G.; MELO, R., “Crítica e Reconstrução em Direito e Democracia”. In: REPA, L.; NOBRE, M. (Org), “Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana”, Editora Papirus, Campinas, 2012.

WERLE, D. L., “Construtivismo “não metafísico” e Reconstrução “pós-metafísica”: o debate Rawls-Habermas”. In: REPA, L.; NOBRE, M. (Org), “Habermas e a Reconstrução: Sobre a categoria central da Teoria Crítica Habermasiana”, Editora Papirus, Campinas, 2012.

***COMPLIANCE*: um estudo com base na ética discursiva de Jurgen Habermas**

SILVA, Rosely Dias da

Doutoranda em Direitos, Instituições e Negócios.
Universidade Federal Fluminense. Professora da Uni-
versidade Estadual do Paraná – UNESPAR, Apuca-
rana, Brasil,
prof-rosely@hotmail.com

MARTINS, Luiz Gustavo Campana

Mestrando em Direito Negocial pela Universidade Es-
tadual de Londrina – UEL. Londrina, Brasil *gus.cam-
pana@hotmail.com*

BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José

Doutor em Filosofia pela UNICAMP. Professor do
Programa de Mestrado em Direito Negocial na Uni-
versidade Estadual de Londrina – UEL. Londrina,
Brasil, *cbannwwart@hotmail.com*

RESUMO

Este artigo tem por intuito discutir o mecanismo *Compliance* e sua base na ética do discurso de Jürgen Habermas. Esse tem sido um importante e inovador instrumento para o efetivo combate à corrupção, tanto no âmbito empresarial, como no governamental. Trabalha com a hipótese de que é possível conferir ao *Compliance* o aporte filosófico da ética habermasiana. Estruturar esse suporte teórico é essencial para firmar uma identidade própria ao instituto, solidificar seu entendimento e, com isso, disseminar amplamente essa nova prática empresarial que pode demonstrar resultados concretos no combate às práticas corruptas.

Palavras-chaves: Lei Anticorrupção. *Compliance*. Ética, Habermas.

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto discutir el mecanismo *Compliance* e su base en la ética del discurso de Jürgen Habermas. Este ha sido un instrumento importante e innovador para combatir eficazmente la corrupción, tanto en el ámbito empresarial como en el gubernamental. Trabaja con la hipótesis de que es posible conferir a

Compliance el aporte filosófico de la ética habermasiana. estructurar ese soporte teórico es esencial para consolidar una identidad propia al instituto, solidificar su entendimiento y, con ello, difundir ampliamente esa nueva práctica empresarial que puede demostrar resultados concretos en la lucha contra las prácticas corruptas.

Palabras claves: Ley Anticorrupción. *Compliance*. Ética, Habermas.

ABSTRACT

This article intends to discuss the Compliance mechanism and its basis in Jürgen Habermas' discourse ethics. This has been an important and innovative tool for effectively combating corruption, both within the corporate and government spheres. It works with the hypothesis that it is possible to confer to the Compliance the philosophical contribution of Habermas ethics. Structuring this theoretical support is essential to establish an identity for the institute, to solidify its understanding and, with this, to disseminate widely this new business practice that can demonstrate concrete results in the fight against corrupt practices.

Key-words: Anti-Corruption Law; *Compliance*; Ethics; Habermas.

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO. II. DESENVOLVIMENTO; 1 *Compliance*: aspectos históricos e elementos essenciais. 1.1. O *Compliance* no Brasil. 2. Empresa e o desenvolvimento de estruturas normativas pós-conventionais. 3. *Compliance* e a ética do discurso. CONCLUSÃO. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUÇÃO

No cenário atual as empresas buscam, cada vez mais, formas de atuação ética e em conformidade com a lei. A sociedade tem exigido não só o cumprimento da legislação, mas uma atividade responsável que esteja de acordo com os valores e princípios julgados corretos. Nesse aspecto, o *Compliance* surge como mecanismo que pode auxiliar na atuação ética das empresas.

Busca-se, neste trabalho, um embasamento filosófico ao *Compliance*, dando continuidade a um estudo inicial desenvolvido no projeto de pesquisa “A Dimensão Jurídica no Contexto da Reabilitação Da Razão Prática Em Habermas”, do Programa de Mestrado em Direito Negocial, da Universidade Estadual de Londrina. Ademais, é objetivado aqui atribuir robustez teórica ao instituto, solidificando seu entendimento e contribuindo para sua disseminação no ambiente

socioempresarial, além de provocar uma aproximação e um alinhamento aos anseios e demandas sociais para o ambiente corporativo.

O programa de *Compliance* não só abrange as obrigações jurídicas, como também as normas e valores que constituem cada organização. Para aduzir o *Compliance* à ética habermasiana, é fundamental desenvolver uma análise acerca da distinção entre os usos da razão prática com foco na delimitação conceitual entre ética e moral, com base na teoria do agir comunicativo.

Para isso, a metodologia escolhida é a bibliográfica e exploratória, uma vez que serão utilizados textos e obras conhecidas, conectando saberes e conceitos difundidos, a fim de explorar novos caminhos e entendimentos teóricos.

II. DESENVOLVIMENTO

1. *Compliance*: aspectos históricos e elementos essenciais

Dentro do debate contemporâneo, quanto as linhas de combate à corrupção, o *Compliance* tem se destacado no ambiente acadêmico e empresarial. Quando se fala nesse instituto, é importante saber também de sua origem, principais funções, objetivos, e elementos essenciais que cercam essa temática de estudo.

Quanto à origem, Bertoni e Carvalho⁶⁴⁹, em artigo publicado sobre o *criminal Compliance*, destacam, entre outros, três eventos primeiros: a criação do *Bank for International Settlements*⁶⁵⁰– BIS –, em 1930 na suíça, com a finalidade maior de proporcionar a cooperação entre os bancos centrais; posteriormente, em 1960, a *Securities and Exchange Commission*⁶⁵¹ passou a estabelecer regras de controle e monitoramento das atividades internas suspeitas de corrupção, bem como a valorização do *Compliance officer*, adiante, surge o Comitê de Regulamentação Bancária e Práticas de Supervisão, em 1974, que estabeleceu diretrizes e regulamentos contra atos corruptos, valorizando as fiscalizações em âmbito internacional.

Ainda no tocante à origem e disseminação do *Compliance*, Maeda (2013) afirma que muito se atribui também ao movimento internacional em prol dos mecanismos de combate à corrupção empresarial. Destaca-se entre esses, a

⁶⁴⁹ BERTONI, F. F.; CARVALHO, D., “Criminal Compliance e lavagem de dinheiro. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais”, 4., 2013. Porto Alegre. Anais (online): PUC-RS, 2013. p. 1-16. Disponível em:

<<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV.html>>> [03-06-2019].

⁶⁵⁰ Essa organização internacional é responsável pela supervisão internacional bancária.

⁶⁵¹ A U.S. *Securities and Exchange Commission*, ou SEC, é quem regulamenta e fiscaliza as leis de títulos federais e do setor de valores imobiliários dos Estados Unidos.

promulgação da lei federal norte-americana, em 1974, *Foreign – FCPA*, que trouxe avanços significativos para as punições de pessoas físicas e jurídicas que cometessem corrupção em atividades comerciais no exterior, bem como tentativa de suborno a funcionário público.

Também nessa linha, e mais recente, com o *UK Bribery Act* no Reino Unido, em 2010, surge uma das principais legislações anticorrupção do mundo, aplicando-se principalmente quantos aos crimes de suborno de funcionários públicos, com foco nas punições ao setor privado.⁶⁵²

Nesse sentido, tem-se que o surgimento do *Compliance* está estritamente relacionado à evolução das formas e da própria cultura mundial de combate à corrupção.

Através dos atos e movimentações internacionais acima comentados, vê-se que a lei brasileira anticorrupção caminha no mesmo sentido da virada cultural. O que antes era tolerado como prática usual de mercado, como benefício econômico de determinadas empresas ou setores inteiros, não tem mais espaço na nova cultura do combate aos atos empresariais ilícitos.

1.1. O *Compliance* no Brasil

O *Compliance* surgiu no Brasil com a promulgação da nº Lei 12.846\2013, de 1º de agosto de 2013⁶⁵³. De acordo com Marinela, Paiva e Ramalho⁶⁵⁴, os principais aspectos tratados pela lei n. 12.846/2013 são:

- a) aplicação nacional extraterritorial, visto que também condena o brasileiro que pratica o ato corrupto no exterior;
- b) institui uma nova hipótese de responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas, não obstante, é relevante destacar se não se trata de responsabilidade pelo risco integral, de sorte que, caso a pessoa jurídica acusada de atos de corrupção logre comprovar o rompimento do nexo de causalidade do ato

⁶⁵² MAEDA, B. C., “Programas de *Compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais”. In: DEBBIO, A.; MAEDA, B. C.; AYRES, C. H. S. (Coord.), *Temas de anticorrupção e Compliance*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, p. 167-201

⁶⁵³BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 -Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República

Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 2 ago, 2013, P.1 Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>> [11/02/2017].

⁶⁵⁴MARINELA, F.; PAIVA, F.; RAMALHO. T., “Lei anticorrupção – Lei 12.846. de 1º de março de 2013”, Saraiva, São Paulo, 2015, p.232.

- com a sua conduta, não há que se falar na aplicação das sanções previstas no artigo 6º e 19 da Lei;
- c) previsão de celebração de acordo de leniência;
 - d) previsão expressa de valorização dos programas de integridade e programas de **Compliance**; (grifo nosso)
 - e) aplicação de multas elevadas;
 - f) criação do Cadastro Nacional das Empresas Punidas.

Apesar de datada de 2013, a referida lei, apelidada de “Lei Anticorrupção Empresarial” ou “Lei empresa Limpa” só entrou em vigor no dia 29 de janeiro de 2014.⁶⁵⁵

Da lei em apreço, extrai-se do art. 7º, inciso VIII, o seguinte texto que justifica o surgimento do *Compliance* no sistema jurídico brasileiro: “serão levados em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica.”⁶⁵⁶

De acordo com Petreluzzi e Rizek Jr⁶⁵⁷ “esse dispositivo visa favorecer as empresas que adotem programas de *Compliance*”, expressão derivada do verbo inglês *to comply*, cujo significado é cumprir ou satisfazer as regras impostas, e que poderia ser definida como um conjunto de medidas adotadas por determinada empresa para garantir o cumprimento de exigências legais e regulamentares, e implementar princípios de ética e integridade no ambiente comercial.

Contudo, foi a partir do Decreto nº 8420/2015 publicado em 18 de março daquele ano, pela então Presidenta da República, Sra. Dilma Rousseff, que a responsabilização objetiva administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, de que trata lei anticorrupção, foi regulamentada.

⁶⁵⁵MARINELA, F.; PAIVA, F.; RAMALHO. T., “Lei anticorrupção – Lei 12.846. de 1º de março de 2013”, cit., p.232.

⁶⁵⁶ BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 - Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República.

Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 2 ago, 2013, P.1 Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>> [11/02/2017].

⁶⁵⁷PETRELUZZI, M.V.; RIZEK JUNIOR, R N. “Lei Anticorrupção: origens, comentários e Análise da Legislação Correlata”, Saraiva, São Paulo, 2014, p.76.

O Decreto nº 8420/2015 em seu Capítulo IV – Do Programa de integridade – Art. 41 e Art.42 apresenta os parâmetros para que as empresas implementem o Código de Ética:

Art. 42. Para fins do disposto no § 4º do art. 5º, o programa de integridade será avaliado, quanto a sua existência e aplicação, de acordo com os seguintes parâmetros:

I - comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa;

II - padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade, aplicáveis a todos os empregados e administradores, independentemente de cargo ou função exercidos;

III - padrões de conduta, código de ética e políticas de integridade estendidas, quando necessário, a terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

IV - treinamentos periódicos sobre o programa de integridade;

V - análise periódica de riscos para realizar adaptações necessárias ao programa de integridade;

VI - registros contábeis que reflitam de forma completa e precisa as transações da pessoa jurídica;

VII - controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações financeiras da pessoa jurídica;

VIII - procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público, ainda que intermediada por terceiros, tal como pagamento de tributos, sujeição a fiscalizações, ou obtenção de autorizações, licenças, permissões e certidões;

IX - independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento;

X - canais de denúncia de irregularidades, abertos e amplamente divulgados a funcionários e terceiros, e de mecanismos destinados à proteção de denunciadores de boa-fé;

XI - medidas disciplinares em caso de violação do programa de integridade;

XII - procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades ou infrações detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados;

XIII - diligências apropriadas para contratação e, conforme o caso, supervisão, de terceiros, tais como, fornecedores, prestadores de serviço, agentes intermediários e associados;

XIV - verificação, durante os processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias, do cometimento de irregularidades ou ilícitos ou da existência de vulnerabilidades nas pessoas jurídicas envolvidas;

XV - monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção, detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013; e

XVI - transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.⁶⁵⁸

As empresas têm a responsabilidade de implementar seus códigos de ética e consolidar valores e políticas que venham a promover padrões éticos e de integridade em suas relações negociais.

No Brasil, o *Compliance* ganha diariamente cada vez mais importância, visto que as empresas que cometerem “qualquer ato pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e forem enquadradas na lei nº12.846/2013, poderão ter suas sanções reduzidas se tiverem programas de *Compliance* efetivos e assim conseguirem comprovar”.⁶⁵⁹

Sobre a redução de sanções acima mencionada, os Art. 18 e Art. 37 do Decreto n. 8.420/2015⁶⁶⁰ dispõem:

Art. 18. Do resultado da soma dos fatores do art. 17 serão subtraídos os valores correspondentes aos seguintes percentuais do faturamento bruto da pessoa jurídica do último exercício anterior ao da instauração do PAR, excluídos os tributos:

(...)

V - um por cento a quatro por cento para comprovação de a pessoa jurídica possuir e aplicar um programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

Art. 37. O acordo de leniência conterà, entre outras disposições, cláusulas que versem sobre:

(...)

IV - a adoção, aplicação ou aperfeiçoamento de programa de integridade, conforme os parâmetros estabelecidos no Capítulo IV.

⁶⁵⁸ BRASIL, Decreto nº 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 19 mar, 2015, P.3.Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>> [5/02/2017].

⁶⁵⁹ CORREIA, I. D. Os principais aspectos da lei Anticorrupção brasileira 12.846/2013 e a importância da cultura de *Compliance* no ramo empresarial. 2015. 59f. (Monografia) Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro. Rio de Janeiro. 2015. p. 21.

⁶⁶⁰ BRASIL, Decreto nº 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 19 mar, 2015, P.3.Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>> [5/02/2017].

Assim, observa-se que, caso a empresa venha a ser investigada nos termos da lei anticorrupção, estando em conformidade, ou seja, possuindo controles efetivos e transparentes, poderá ter sua sanção reduzida.

Em 7 de abril de 2015, a Controladoria Geral da União baixou a Portaria CGU N° 909⁶⁶¹, dispondo sobre a avaliação de programas de integridade de pessoas jurídicas e estipulando os parâmetros a serem observados no decreto 8420/2015.

Com esses parâmetros legais (Lei Anticorrupção/2013, Decreto n°8240/2015 e a portaria CGU n° 909/2015), surge um elemento novo, que é a responsabilidade objetiva da empresa, ou seja, a responsabilidade não é mais de pessoa física, do funcionário que cometeu o ato ilícito contra a instituição pública, a quem ela posteriormente pode até vir entrar com uma ação de regresso, mas é a empresa que responderá na justiça enquanto pessoa jurídica.

O *Compliance* está voltado para a concretização da missão, da visão e dos valores de uma empresa.

Um ponto importante trazido pela Portaria n° 909/2015 é que caso o programa de conformidade tenha sido elaborado e entrado em vigor na empresa após o ato lesivo investigado, não será este um ponto positivo, mas sim negativo. O programa de integridade da pessoa jurídica deve ter por objetivo a prevenção e a correção de atos de corrupção contra a Administração Pública. Na mesma linha, o programa deverá ser efetivo e conhecido dentro da empresa, ou seja, é necessário o engajamento e conhecimento de todos, de forma a desenvolver uma cultura de *Compliance* permanente, conduzindo todas as atividades de forma ética, envolvendo não só os diretores, mas todos os níveis hierárquicos, sendo *Compliance* parte da responsabilidade corporativa.⁶⁶²

Não se pode confundir o *Compliance* com o mero cumprimento de regras formais e informais, sendo o seu alcance bem mais amplo, ou seja, “é um conjunto de regras, padrões, procedimentos éticos e legais que, uma vez definido e implantado, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como a atitude dos seus funcionários”, assim sendo,

⁶⁶¹CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU. Programa de Integridade. Diretrizes para Empresas Privadas, 2015. Disponível em: <<<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>> [8-02-2017]

⁶⁶² Correia. Op. Cit. p.23.

envolve todos os membros da corporação, desde a alta administração até os colaboradores, independentemente do cargo exercido.⁶⁶³

Portanto, tem-se que a instituição dos programas de integridade vai além do aspecto legal.

A importância do *Compliance* para os negócios e para as empresas está abarcada em outras esferas, que não somente a adequação à legislação:

A função do *Compliance* é justamente prevenir atos de corrupção e fraudes em processos licitatórios e/ou quaisquer contratos com a administração pública. Não basta a simples existência de normas internas e códigos de conduta, mas é necessário também que cada pessoa da organização empresarial tome decisões comerciais éticas e garanta que suas ações sejam de acordo com a lei e políticas desenvolvidas para evitar a incidência da Lei Anticorrupção.⁶⁶⁴

Suborno, licitações fraudulentas, lavagem de dinheiro, manipulação de dados, práticas anticoncorrenciais, assédio, preconceito, entre outros crimes e atos imorais, estão se mostrando cada vez mais prejudiciais também no âmbito econômico. O que muito sustentou várias dessas práticas, ao longo dos anos, foi a lucratividade. Agir fora da lei representava uma possibilidade de rápido crescimento econômico, mas os tempos mudaram. A ética e a moral agora interferem nas relações de mercado de maneira incisiva, não podendo ser deixadas de lado.

2. Empresa e o desenvolvimento de estruturas normativas pós-convencionais

A empresa tem em si objetivos e funções que vão além da lógica mercadológica lucrativa. As corporações, enquanto instituições cumprem um papel de integração na sociedade, um papel de responsabilidade para com a comunidade a que se vinculam.

Frisa-se esse entendimento com a posição de Eros Grau⁶⁶⁵, ao dizer que a ordem econômica constitui um conjunto de normas que visam os fins e os

⁶⁶³ CANDELORO, A. P. P.; RIZZO, M. B. M.; PINHO, V., “Compliance 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo”, Trevisan Editora Universitária, São Paulo, 2012, p.30.

⁶⁶⁴EPD online. “A importância do Compliance para os negócios e para as empresas”, Disponível em: <<<https://www.epdonline.com.br/noticias/a-importancia-do-Compliance-para-os-negocios-e-para-as-empresas/1925>>>[18-05-2019].

⁶⁶⁵ GRAU, E.R., “A ordem econômica na constituição 1988”, 14ª ed. rev. e atual, Malheiros editores, São Paulo, 2010, p.252.

objetivos de um Estado Social⁶⁶⁶. As empresas, nesse cenário, devem retribuir benefícios à sociedade em detrimento da utilização, e muitas vezes degradação, desta.

Através da escala dos níveis de moralidade, de Lawrence Kohlberg, é possível estabelecer um paralelo entre o nível de desenvolvimento moral alcançado pelo indivíduo e o nível de maturidade moral das instituições sociais, entre elas, as corporações empresariais. Em outras palavras, é possível investigar o comportamento empresarial, em determinada sociedade, de modo a refletir se suas ações estão orientadas pela mera estratégia mercadológica pragmática, ou por componentes éticos, ação boa, e morais, ação justa.⁶⁶⁷

A escala moral de Kohlberg é dividida entre os níveis pré-convencional, convencional e pós-convencional. No primeiro nível, marcado pelo egocentrismo e interesse pessoal, a empresa age estritamente em busca do lucro sem levar em consideração o contexto social a sua volta. Ela pode até reconhecer as várias outras corporações no seu entorno que agem de forma semelhante, mas não é capaz de superar a lógica instrumental que a rege no sentido de compreender atitudes valorativas ou principiológicas. Está presa à busca incessante do lucro sem se importar com os meios implementados para este fim.

Já no segundo nível, o convencional, há uma noção um pouco mais completa do sistema social no entorno das corporações. Neste nível, a empresa reconhece alguns valores e práticas que visam o bem-estar na comunidade da qual se encontra. Ela distingue seu próprio interesse estratégico em vista do lucro da compreensão social dos valores éticos que possam produzir resultados efetivos no seu local de atuação. Há uma expectativa em relação à comunidade. A empresa, nesse sentido, busca atender aos valores éticos partilhados naquela localidade, entendendo que suas ações refletem diretamente no âmbito social. No campo da alteridade, respeito à lei e aos valores, a empresa evolui para o estágio da eticidade.

Quanto ao nível pós-convencional, o desenvolvimento moral encontra-se em última fase de evolução. As instituições, aqui, passam da eticidade para o nível de concepção moral. As tomadas de decisões das empresas são agora baseadas em convicções universais de justiça, e não apenas nos costumes, valores e tradições regionais.

As decisões morais, no nível pós-convencional, são produzidas com base em princípios que visam à realização de práticas justas e leais para com

⁶⁶⁶ GRAU, E.R., “A ordem econômica na constituição 1988”, cit., p.252.

⁶⁶⁷BANNWART JÚNIOR, C. J. “Responsabilidade integral – pedagogia da responsabilidade integral”. In: BANNWART JR., C. J.. et al. Responsabilidade Integral: metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional. Midiograf, Londrina, 2017, p.35.

todos os indivíduos. [...] pressupõe que a pessoa esteja apta a orientar-se por princípios universais, os quais, considerados sob o ponto de vista da justiça universal, pressupõem a igualdade dos direitos humanos e o respeito pela dignidade humana.⁶⁶⁸

Embora viva-se numa sociedade complexa, secularizada, pós-convencional, não se transita por um *ethos* único. Nas sociedades pós-convencionais, existe uma complexidade de formas de vida e transita-se por todas elas. Não se fica alocado apenas em um determinado *ethos*, mas sim em vários diferentes extratos éticos: universidade, família, trabalho, religião, círculos de amizade, etc. Todos eles, nesse campo, não são universalizáveis, mas portadores de uma ética distinta.

Hoje não basta apenas associar as empresas ao lucro e à produtividade econômica, além disso, outras pautas emergem, como o respeito à diversidade, o combate à discriminação, a responsabilidade no que se refere aos direitos humanos na cadeia produtiva e em seu entorno, o direito ao trabalho decente, entre outras.

O comportamento das organizações empresariais tem enorme impacto sobre a economia, a sociedade e o meio ambiente. Elas mobilizam grande quantidade de recursos materiais e humanos, e relacionam-se com diversos públicos ao longo das cadeias produtivas. As empresas produzem riquezas, mas também geram impactos sociais e ambientais.

Pensar na atitude de retribuição das empresas e seu papel filantrópico-social, no âmbito da filosofia, é questionar se essas ações se constituem do ponto de vista pragmático, ético ou moral.

3. Compliance e a ética do discurso

Nesse diapasão, tem-se que é necessário relacionar o *Compliance* a uma base teórica, a fim de dar robustez a esse instrumento. A base filosófica alocada ao *Compliance*, neste trabalho, é a ética habermasiana.

Essa é a percepção de Martins e Bannwart Júnior⁶⁶⁹, que utilizam o referencial habermasiano, ao enxergarem o *Compliance* como um pressuposto valorativo que pode auxiliar a tomada de decisão racional no âmbito empresarial. Os

⁶⁶⁸ BANNWART JÚNIOR, C. J. “Responsabilidade integral – pedagogia da responsabilidade integral”, cit., p.34.

⁶⁶⁹MARTINS, L. G. C.;BANNWART JÚNIOR, C.J., “Fundamentos filosóficos do Compliance à luz do pensamento de Jürgen Habermas”. In: MESSA, A. F.; CENCI, E. M.; MUNIZ, T. L. (Coord.). “Direito negocial & corrupção no estado democrático de direito”, Arraes, Belo Horizonte, 2018. p. 167-201.

autores afirmam que os usos ético e moral da razão prática são fundamentais hoje no âmbito da formação dos negócios jurídicos empresariais.

Identificam também, na confiança intersubjetiva, um elemento essencial dentro das relações empresa-sociedade, de forma a correlacionar o senso de bem-viver e de justiça, aproximando valores e princípios estimados pelas pessoas.⁶⁷⁰ Os conceitos de ética e moral encontram em Habermas uma distinção peculiar, que será demonstrada nesse trabalho, a partir de seu texto *Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática* de 1989.

A diferença fundamental entre ética e moral está em tratar, no primeiro caso, de um conceito relativo, e no segundo, e de um conceito com compreensão universal.

A ética, para Habermas, refere-se a valores e concepções de bem viver, partilhados por uma coletividade a qual se pertence e deve ser analisada em determinado *ethos*. Desde a modernidade, com a decadência da religião como único fator de integração social, as sociedades passaram a se organizar em diferentes extratos sociais. Cada comunidade, espaço de vivência, significa então um novo ambiente de integração com valores comuns que são partilhados pelos seus membros. O *ethos*, na modernidade, passou a ser demarcado pela diferenciação de valores e pela pluralidade de formas de vida.

Destarte, o uso ético da razão prática em Habermas diz respeito às concepções de bem viver, daquilo que se enxerga como bom para determinadas camadas sociais ou comunidades.

Quando o sujeito se pergunta *como devo agir nessa situação?*, ele, caso busque uma saída ética, deve responder a este problema com uma ação aceita no ambiente do qual ele faz parte, naquela determinada comunidade. Ademais, deve este indivíduo agir conforme os valores que seguem aquelas pessoas que estão convivendo com ele. Isso pode parecer certo para uma comunidade e errado, ou não ético, para outra.

Por outro lado, adentrando no mérito do uso moral da razão prática, quando o sujeito pergunta-se *que devo fazer?*, ele deve responder a essa situação pautado pelo senso de justiça. Nessa medida, tem-se que o agir pautado pela moral é um agir universalizado, que tem sempre, em última instância, a busca pelo que é justo. Ainda que o indivíduo possua seus valores pessoais, nos diversos *ethos* que convive, ele pode tomar uma atitude que vá na contramão de suas crenças se

⁶⁷⁰ MARTINS, L. G. C.; BANNWART JÚNIOR, C.J., “Fundamentos filosóficos do Compliance à luz do pensamento de Jürgen Habermas”, cit.

decidir por isso – no caso de que a ação justa, nesse exemplo hipotético, se consolidar de maneira adversa a seus valores éticos.

Assim, a moral representa não um conceito relativizado aos mais diversos *ethos* das sociedades pós-convencionais, mas sim um conceito que pode ser atingido por todos os indivíduos, na busca pela justiça.

Sem descuidar dos pressupostos de justiça, a contribuição buscada para o *Compliance*, é uma teoria que auxilie na verificação dos procedimentos necessários na formulação de um código de ética, inserindo assim, neste contexto, a ética do discurso de Habermas,

Habermas propõe os alicerces de uma ética discursiva em sua obra *Consciência moral e Agir Comunicativo*, no capítulo intitulado “Notas programáticas para a fundamentação de uma Ética do Discurso”. O autor fundamenta sua ética discursiva na teoria da ação comunicativa, a qual sugere uma fundamentação racional-intersubjetiva da escolha sobre valores, utilizando de uma razão comunicativa entre os sujeitos que cooperam na busca da justiça. Reputa normas racionalmente validáveis.

CONCLUSÃO

Analisando o Decreto 8420/2015, que estabelece parâmetros para a elaboração dos códigos de ética nas empresas, observa-se duas características importantes de: (1) trata-se normas legais que devem ser observados e obedecidos; (2) nele existe um caráter de liberdade, um caráter discricionário para empresa configurar seu código de ética, visto que o código de ética não é universalizável. Neste sentido pode-se estabelecer parâmetros valorativos éticos a partir do contexto em que a empresa está inserida, nos quais entra as questões de comportamentos individuais e coletivos. Nessa perspectiva há possibilidade de se pensar num código de ética, que deve minimamente observar alguns procedimentos, o que, neste sentido, a ética do discurso serve para os procedimentos necessários na formulação desse código.

Entende-se que os fundamentos filosóficos da ética habermasiana seriam importantes na implementação de um código de ética por parte da empresa, tendo em vista que sua teoria do agir comunicativo pode fornecer critérios procedimentais para que estas organizações não venham a incorrer na criação de uma norma injusta, o que contribui, seguramente, na construção de um programa de *Compliance* de forma positiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JÚNIOR, C. J. “Responsabilidade integral – pedagogia da responsabilidade integral”. In: BANNWART JR., C. J.. et al. Responsabilidade Integral: metodologia estratégica para o desenvolvimento pessoal, corporativo e educacional. Midiograf, Londrina, 2017, pp. 34-35.

BERTONI, F. F.; CARVALHO, D., “Criminal *Compliance* e lavagem de dinheiro. In: Congresso Internacional de Ciências Criminais”, 4., 2013. Porto Alegre. Anais (online): PUC-RS, 2013. p. 1-16. Disponível em: <<<http://ebooks.pucrs.br/edipucrs/anais/cienciascriminais/IV.html>>> [03-06-2019].

BRASIL. LEI Nº 12.846, DE 1º DE AGOSTO DE 2013 -Lei Anticorrupção. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 2 ago, 2013, P.1 Disponível em: <<<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2013/lei-12846-1-agosto-2013-776664-norma-pl.html>>> [11-02-2019].

BRASIL, Decreto nº 8.420/2015. Regulamenta a Lei nº 12.846, de 1ª de agosto de 2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, D.F. 19 mar, 2015, P.3. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/decreto/D8420.htm>> [05-02-2019].

CANDELORO, A. P, P.; RIZZO, M, B. M.; PINHO, V., “*Compliance* 360º: riscos, estratégias, conflitos e vaidades no mundo corporativo”, Trevisan Editora Universitária, São Paulo, 2012, p.30.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO – CGU, “Programa de Integridade”, Diretrizes para Empresas Privadas, 2015. Disponível em: <<<http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/etica-e-integridade/arquivos/programa-de-integridade-diretrizes-para-empresas-privadas.pdf>>> [8-02-2019]

CORREIA, I. D., “Os principais aspectos da lei Anticorrupção brasileira 12.846/2013 e a importância da cultura de *Compliance* no ramo empresarial”, 2015, 59f. (Monografia) Pontifícia Universidade Católica do Rio De Janeiro, Rio de Janeiro, 2015, pp. 21-23.

EPD online. “A importância do *Compliance* para os negócios e para as empresas”, Disponível em: <<<https://www.epdonline.com.br/noticias/a-importancia-do-Compliance-para-os-negocios-e-para-as-empresas/1925>>> [18-05-2019].

GRAU, E.R., “A ordem econômica na constituição 1988”, 14ª ed. rev. e atual, Malheiros editores, São Paulo, 2010, p.252.

HABERMAS, J., “Para o uso pragmático, ético e moral da razão prática”, Estud. av., São Paulo, v. 3, n. 7, p. 4-19, dez. 1989. Disponível em:

<<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141989000300002&lng=en&nrm=iso>> [22-02-2018].

HABERMAS, J., “Consciência moral e agir comunicativo”, 2. Ed., Tradução de Guido Antonio de Almeida, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 2003.

MAEDA, B. C., “Programas de *Compliance* anticorrupção: importância e elementos essenciais”. In: DEBBIO, A.; MAEDA, B. C.; AYRES, C. H. S. (Coord.), *Temas de anticorrupção e Compliance*, Elsevier, Rio de Janeiro, 2013, p. 167-201.

MARINELA, F.; PAIVA, F.; RAMALHO, T., “Lei anticorrupção – Lei 12.846. de 1º de março de 2013”, Saraiva, São Paulo, 2015, p.232.

MARTINS, L. G. C.; BANNWART JÚNIOR, C.J., “Fundamentos filosóficos do *Compliance* à luz do pensamento de Jürgen Habermas”. In: MESSA, A. F.; CENCI, E. M.; MUNIZ, T. L. (Coord.). “Direito negocial & corrupção no estado democrático de direito”, Arraes, Belo Horizonte, 2018. p. 167-201.

PETRELUZZI, M.V.; RIZEK JUNIOR, R N. “Lei Anticorrupção: origens, comentários e Análise da Legislação Correlata”, Saraiva, São Paulo, 2014, p.76.

PIZZI, J., Apresentação. In: GARCÍA-MARZÁ, D., “Ética empresarial: do diálogo à confiança na empresa”. Tradução e apresentação de Jovino Pizzi, Editora Unisinos; Editora Educat, São Leopoldo, 2007.

BIOPOLÍTICA E COLONIZAÇÃO: um ensaio em face da política e do poder no Brasil contemporâneo

RIBEIRO, Luís Antônio C.

Departamento de Filosofia, Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil, *lularib@hotmail.com*

RESUMO

O trabalho adota como hipótese que a adequada compreensão de política e poder no Brasil contemporâneo exige situar o papel que a experiência da colonização exerceu e exerce sobre aqueles. Sobre o desenvolvimento do capitalismo contemporâneo, tem-se encontrado análises generalistas de grande valor no estudo da tradição inaugurada por Michel Foucault a partir do estabelecimento do conceito de biopolítica e de autores que se situam nessa tradição de algum modo. Investigamos se as contribuições de Frantz Fanon a uma psiquiatria baseada nas observações da realidade social, política e cultural no Caribe e na África, põem-se no campo de estudos da produção de subjetividade no ambiente propriamente colonial, permitindo aproximações úteis ao pensamento de Michel Foucault para a compreensão de amplos fenômenos de poder no Brasil de hoje.

Palavras-chave: Foucault; Fanon; Agamben; biopolítica; estudos pós-coloniais.

ABSTRACT

This paper's hypothesis consists in the claim that adequate comprehension of politics and power in Brasil today demands taking into account the role which colonization has played and still plays on influencing those fields. Generalist analyses of great value about the development of contemporary capitalism have been found in the study of the tradition inaugurated by Michel Foucault upon the concept of Biopolitics and also of authors who, in proper styles, carry on unfolding that tradition. We investigate if the contributions of Frantz Fanon to a Psychiatry based on social, political and cultural causal factors in the Caribbean and Africa, set its feet on the field of production of subjectivity studies, but on the specificity of the properly colonial environment, allowing important approximations to the field of biopolitics, in order to better understand the wide power phenomena in Brazil politics today.

Key-words: Foucault; Fanon; Agamben; biopolitics; post-colonial studies.

RESÚMEN

El trabajo adopta como hipótesis que la adecuada comprensión de política y poder en el Brasil contemporáneo exige situar el papel que la experiencia de la colonización ejerció y ejerce sobre aquellos. Sobre el desarrollo del capitalismo contemporáneo, se han encontrado análisis generalistas de gran valor en el estudio de la tradición inaugurada por Michel Foucault a partir del establecimiento del concepto de biopolítica y de autores que se sitúan en esa tradición de algún modo. Investigamos si las contribuciones de Frantz Fanon a una psiquiatría basada en las observaciones de la realidad social, política y cultural en el Caribe y en África, se ponen en el campo de estudios de la producción de subjetividad en el ambiente propiamente colonial, permitiendo aproximaciones útiles al pensamiento de Michel Foucault para la comprensión de amplios fenómenos de poder en el Brasil de hoy.

Palabras Clave: Foucault; Fanon; Agamben; biopolítica; estudios post-coloniales

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. ELEMENTOS SOBRE A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADE NO PENSAMENTO DE MICHEL FOUCAULT; III. FANON E A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADE NA COLONIZAÇÃO; IV. APROXIMAÇÕES ENTRE OS PENSAMENTOS DE FANON E FOUCAULT NO CONTEXTO DE ALGUNS ELEMENTOS DA REALIDADE POLÍTICO-SOCIAL DO BRASIL CONTEMPORÂNEO, À GUIA DE CONCLUSÃO

I. INTRODUÇÃO

O tema deste estudo gira em torno de que, embora o autor considere a Biopolítica, como uma tradição de pensamento na filosofia política de hoje adequada a instrumentalizar uma análise e uma reflexão crítica acerca do capitalismo contemporâneo, no qual, ao seu modo, se inserem países periféricos, como o Brasil, identificando em tal tradição a figura central e fundadora de Michel Foucault tal tradição filosófica sofreria de um déficit de abordagem específica da problemática pós-colonial, oferecendo importantes chaves gerais de compreensão das sociedades contemporâneas, mas não se apresentando como suficiente para o pensamento das conjunturas de países periféricos. A relevância do tema está na evidente importância da busca de um pensamento capaz de refletir sobre a situação política e social de referidos países. Assim, este trabalho inaugura uma pesquisa desenvolvida por seu autor no sentido de explorar o pensamento pós-colonial e investigar os seus pontos de contato, aproximação e distanciamento com a tradição do pensamento biopolítico, dando-se tal inauguração a partir da

tentativa de submeter a tal teste o pensamento de Frantz Fanon, empreitada a prosseguir posteriormente com a incorporação de outros pensadores do campo dos estudos pós-coloniais, inclusive brasileiros.

II. ELEMENTOS SOBRE A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADE NO PENSAMENTO DE MICHEL FOUCAULT

O pensamento filosófico de Michel Foucault em torno da presente temática tem como marcos a publicação de *Surveiller et Punir* (Vigiar e Punir), em 1975, e do curso ministrado no Collège de France, intitulado *Il faut défendre la société* (Em Defesa da Sociedade), 1975-1976. Aqui a questão do filósofo tornava-se explicitamente o estudo de um conjunto de tecnologias de poder voltadas especificamente para a produção da subjetividade.

Na última aula do curso mencionado, em 17 de março de 1976, Foucault refere-se a técnicas de poder surgidas ao longo dos séculos XVII e XVIII, na Europa, centradas no corpo individual. Na verdade, em outras obras, por exemplo em *Vigiar e Punir*, que trata especificamente destas técnicas a que Foucault dá o nome de disciplina, o autor esclarece que as mesmas são até anteriores ao referido período histórico, mas encontram seu amadurecimento e sua maior difusão nas sociedades européias nessa moldura temporal.

Sabe-se que essas tecnologias são centradas no corpo individual, mas visam a “alma”, isto é, à modificação da subjetividade dos indivíduos individualmente observados e manejados no interior de instituições fechadas, como a fábrica, a escola, o hospital, o manicômio, a prisão, o quartel e outras.

O detalhamento dessas técnicas, tal como tratadas por Foucault, especialmente em *Vigiar e Punir*, e que constituem uma verdadeira anatomopolítica, nas palavras do filósofo, não vem ao caso nos limites deste artigo, mas são aqui mencionadas porque são situadas no contexto do que ele denomina biopoder, que no entanto apresenta também uma outra vertente.

O biopoder, segundo Foucault, justamente seguindo o raciocínio desenvolvido na última aula de *Em Defesa da Sociedade*, teria visto nascer duas vertentes, em momentos históricos relativamente próximos, no cenário europeu, sendo uma delas a anatomopolítica, a disciplina, portanto. A outra vertente do biopoder, teria nascido, segundo Foucault, na segunda metade do século XVIII e é dirigida não ao corpo individual do homem, mas às massas, ao homem-espécie, nos espaços abertos das sociedades, não no interior de instituições fechadas. Este novo conjunto de tecnologias de poder, que não excluem, não sucedem a disciplina, operam em um outro nível de abordagem, portanto. Desenvolvem-se

ao passo que aparece a estatística, visam a isso que agora emergiria fortemente como conceito em torno do qual giram as ciências sociais no século XIX, que é o conceito de população. Essas tecnologias recebem a denominação de biopolítica. O biopoder, segundo o esquema apresentado por Foucault em *Em Defesa da Sociedade*, teria, assim, essas duas vertentes: anatomopolítica e biopolítica.

Ora, no curso imediatamente subsequente, intitulado *Sécurité, territoire, population* (Segurança, Território, População), 1977-1978, já que o período de 1976-1977 fora de um ano sabático, durante o qual, portanto, não houvera curso, Foucault desenvolverá notadamente a origem das técnicas biopolíticas em um outro e mais antigo contexto, qual seja, o da relação entre o pastor e suas ovelhas, seu rebanho, na história da Igreja Católica. Naturalmente não se tratava ali do contexto governamental para o qual essas técnicas seriam trazidas tardiamente, mas de um desafio específico aos modos de relação entre o pastor e seus fiéis na história da Igreja que envolviam processos de direcionamento, de suscitação, de indução a processos de modificação nas subjetividades destes fiéis, ao ponto de serem capazes de alterar o modo como cada um concebia, via a si próprio, a autoimagem mesmo de cada um, e que tinham uma dupla visada, tanto para o indivíduo, a relação entre o pastor e a ovelha específica, como para o rebanho, isto é, o coletivo, a massa, os fenômenos gerais deste rebanho. Tal aspecto do poder pastoral, que viria a ter repercussões impensadas sobre a política contemporânea, é sintetizado na expressão latina que se extrai das reflexões religiosas sobre o tema: tratava-se de um poder a ser exercido sobre todos e sobre cada um, *omnes et singulatim*.

Porém, além de voltar-se para os fenômenos gerais da população, a biopolítica encerra uma importante novidade, que não deixa de estar presente também, embora em menor medida, na disciplina. O poder agora se concebe não como repressão, ou seja, como um conjunto de dispositivos que reprimem o desejo, que proíbem, que castram, que vetam, que punem. Os fenômenos populacionais passam a ser crescentemente alvo de políticas de indução, estímulo, facilitação ou dificuldade, sobretudo através da modulação do meio em que se encontram inseridas as populações. É uma estilística de poder que não visa a eliminar da realidade, pela ação repressiva, punitiva e no limite mortífera, aspectos indesejáveis, mas que investe num caráter positivo, não mais negativo, de produzirem ou favorecerem efeitos a partir de comportamentos que deveriam ser vistos como livres pelos indivíduos, pelo conjunto da sociedade. Logo, um poder não ostensivo, tendente a invisibilidade, baseado fortemente no conhecimento dos meios sociais e da população, da frequência e da distribuição dos acontecimentos

que atravessam a população, do conhecimento dos fatores que sobre os mesmos atuam, do conhecimento das circunstâncias e das frequências com que o desejo nesta população se manifesta nesta ou naquela direção, matéria da estatística e trabalho a que se dedicarão fortemente as ciências sociais, desde seu nascimento, inclusive no que toca ao conhecimento e às circunstâncias da produção das opiniões do público (como surge, por exemplo, na aula de 15 de março de 1978).

Antes mesmo das ciências sociais eclodirem, é na fisiocracia, aí nas raízes primeiras desse pensamento que se denominará mais tarde liberalismo econômico, que Foucault vê nascer e identifica as características mais essenciais da biopolítica. A população passa a ser objeto de um conjunto de cálculos para a gestão de seus comportamentos e de seus traços gerais, por meio de uma racionalidade que é de natureza puramente econômica e que tem como instrumento mesmo a liberdade. É preciso que os sujeitos sejam livres, isto é, toda uma arte da frugalidade do governo, não governar demais, um cuidado constante com o excesso de governo, mas também é necessário e é um componente da liberdade que os sujeitos se vejam como livres, se sintam livres.

É nesse sentido que Foucault afirma, ao final da aula de 18 de janeiro de 1978, que a liberdade é ao mesmo tempo ideologia e técnica de governo, o correlativo da implantação de dispositivos de segurança, dispositivos estes que justamente constituem o aparato da biopolítica. É toda uma desromantização da história das liberdades modernas que Foucault está empreendendo aqui.

A partir disso, que aqui se apresenta apenas em alguns de seus elementos gerais e mais fundamentais, o curso *Naissance de la Biopolitique* (O Nascimento da Biopolítica), 1978-1979, finalmente vem completar o desenvolvimento de todo este pensamento.

Parece-me, contudo, que a análise da biopolítica só poderá ser feita quando se compreender o regime geral dessa razão governamental, de que lhes falo, esse regime geral que podemos chamar de questão da verdade – antes de mais nada uma verdade econômica no interior da razão governamental – e por conseguinte, se se compreender bem o que está em causa nesse regime que é o liberalismo, o qual se opõe à razão de Estado, ou antes [a] modifica fundamentalmente sem talvez questionar seus fundamentos. Só depois que soubermos o que era esse regime governamental chamado liberalismo é que nós poderemos, parece-me, apreender o que é a biopolítica.⁶⁷¹

Ora, o que Foucault está fazendo aqui é apresentar a indissociabilidade da história da biopolítica e da história do liberalismo, desde sua feição clássica, até

671FOUCAULT, M., “O nascimento da biopolítica”, São Paulo, 2008, p.30.

especificamente o neoliberalismo austríaco e depois norte-americano, de Chicago, que, como ele vai afirmar na última linha do resumo do curso, nunca deixaram de “acossar” as técnicas governamentais desde o século XVIII. O que é isso senão a afirmação de que a história da biopolítica é também a história do capitalismo moderno e contemporâneo?

Nesse apanhado, um último elemento seria digno de nota, qual seja, a temática do racismo de Estado, que surge no curso *Em Defesa da Sociedade*. Porque ao fim deste curso, Foucault vai fazer uma afirmação muito grave de que “o que inseriu o racismo nos mecanismos do Estado foi mesmo a emergência desse biopoder”⁶⁷². O racismo aparece aqui justamente no momento em que Foucault se põe a pensar os regimes de distribuição da morte, em regra exercidos por um “deixar morrer” a partir do aparecimento e da hegemonia das formas de biopoder, abandonando-se a antiga prática soberana do suplício. O que Foucault aponta como racismo, segundo ele, é de uma frequência tão grande de modo a que “quase não haja funcionamento moderno do Estado que, em certo momento, em certo limite e em certas condições, não passe pelo racismo”⁶⁷³.

Aqui o racismo nada tem a ver necessariamente com etnia, com cor, com origem, mas é a categoria concreta que opera a aceitabilidade por parte da população em geral da morte de certos segmentos de si mesma, manifesta tanto no “deixar morrer” cotidiano da biopolítica, como nos devires tanatopolíticos que ocasionalmente a governamentalidade biopolítica pode experimentar. Foucault nunca desenvolveu propriamente este ponto, mas o deixou na forma dessas afirmações veementes que nos permitem notar a importância que o tema tinha para ele.

III. FANON E A PRODUÇÃO DE SUBJETIVIDADE NA COLONIZAÇÃO

Primeiramente, cremos ser importante deixar claro que não encontramos evidências de que Foucault tenha lido Fanon, sendo certo que os temas que ora abordamos surgem na obra de Fanon muito antes dos meados dos anos 70, que é o momento quando Foucault passa a se interessar pela produção de subjetividade. Tampouco seria possível fazer identificações entre os autores em qualquer ponto de suas respectivas obras, por se tratar de autor distintos, com diferentes métodos, escrevendo a partir de experiências e contextos incomparáveis entre si. Todos os pontos de contato ou de contraste que aqui podemos delinear resultam, assim, tão

672 FOUCAULT, M., “Em defesa da sociedade”, São Paulo, 2008, p.304.

673 FOUCAULT, M., “Em defesa da sociedade”, cit., p.304.

somente da leitura que o autor deste artigo empreende de ambas as obras, fazendo-o por sua própria conta.

Sabe-se que a publicação de *Peau Noir, Masques Blancs* (Pele Negra, Máscaras Brancas) aparece no ano de 1952, em Paris, como *Les Damnés de la Terre* (Os Condenados da Terra) surge em 1961, sendo assim ambas as obras bastante anteriores à publicação por Michel Foucault, em 1975, de *Vigiar e Punir*, a primeira, antecedendo essa obra em mais de vinte anos.

Pele Negra, Máscaras Brancas é a primeira obra que Frantz Fanon desejou publicar, uma vez que parece que não desejava que viessem a público as peças de teatro que escreveu na sua juventude. Esta sua primeira obra, por assim dizer, se abre com uma citação que, extraída de Aimé Césaire e servindo de epígrafe da sua introdução, parece ser um signo sobre o texto inteiro. “Falo de milhões de homens em quem deliberadamente inculcaram o medo, o complexo de inferioridade, o tremor, a prostração, o desespero, o servilismo.”⁶⁷⁴

Pois bem, a passagem escolhida por Fanon, extraída da obra de seu compatriota Antilhano, da Martinica, deve ser colocada no contexto desta obra que Fanon adapta do texto que originariamente escreveu não apenas na qualidade de psiquiatra forense, mas como monografia para conclusão do referido curso de grau na Universidade de Lyon. Fanon foi naturalmente obrigado a escrever outro trabalho, sobre outro tema para se formar em medicina, sobretudo porque o texto se intitulava originariamente Ensaio sobre a Desalienação do Negro.

A ideia contida no título original evidentemente nunca se perdeu. Desalienar o negro é viabilizar que o colonizado se livre do complexo de inferioridade que lhe fora deliberadamente inculcado, isto é, produzido em sua mente pela colonização, pelo colonizador. Esse complexo de inferioridade é central à obra de Fanon e quando este psiquiatra fala em inculcação, naturalmente que sua própria especialidade médica já indica com clareza que não fala em termos metafóricos. Embora a passagem de Césaire indique vários outros traços de personalidade, a expressão complexo de inferioridade condensa todos eles. Fanon não usa propriamente a expressão “produção de subjetividade” mas cremos que é muito direta e ostensiva sua presença nesta epígrafe.

Embora o livro trate especificamente da Martinica, seus temas, inclusive esse famigerado complexo, retornarão em *Os Condenados da Terra*, obra que procura pensar de forma geral a colonização contemporânea da África e da Ásia. A produção de subjetividade para Fanon começa pela invenção das ideias gêmeas

674 CÉSAIRE, A., “Discours sur le colonialisme”, Paris, 1955 *apud* FANON, F., *Pele Negra, Máscaras Brancas*, Salvador, 2008, p.25.

de negro e branco. Fanon destitui de qualquer naturalidade biológica que um ser humano possa ser chamado de negro ou branco, isto é, que alguma distinção entre humanos com base em tal suposta qualidade orgânica seja natural. Para Fanon, o negro e o branco só têm existência por uma produção de sua realidade mental que decorre dos processos políticos e sociais da colonização. Mais do que isso, o racismo é central e orgânico para que a submissão pelo colonizador dos povos colonizados possa se instalar e se manter. É base do medo servil, da aceitação da condição miserável do colonizado, por crer ser mesmo menos capaz etc. Quando o primeiro facão se ergue na insurreição contra o colonizador, esse complexo já foi abalado e o medo que o acompanha pelo menos momentaneamente superado. Fanon se refere à “assunção em massa de um complexo psicoexistencial”⁶⁷⁵, ou ainda a um duplo processo, inicialmente econômico e logo de “epidermização dessa inferioridade”⁶⁷⁶, “complexo de colonizabilidade”⁶⁷⁷

As fórmulas de Fanon sobre a produção da subjetividade do colonizado pelo colonizador são bem explícitas, mas talvez não se encontrem em nenhuma parte tão claras quanto nesta passagem: “O colonizador e o colonizado são velhos conhecidos. E, de fato, o colonizador tem razão quando diz “o” conhecer. É o colonizador que *faz e continua a fazer* o colonizado”.⁶⁷⁸ Os termos grifados no original, “*fez e continua a fazer*”, indicam aqui bem claramente a produção, a fabricação do colonizado pelo colonizador, que como podemos ver, no discurso deste médico psiquiatra, é de sede mental, com reflexos sobre o corpo e de causas econômico-políticas.

A gênese do racismo é, pois, econômica e política e, como tal, não biológica. É inseparável e orgânica à exploração econômica colonial, que por sua vez, como é sabido, é coextensiva ao desenvolvimento do capitalismo imperialista contemporâneo. Assim, a tese de Fanon acerca da centralidade do racismo no contexto colonial, apela fortemente a conexões com as teses acima expostas do racismo de Estado e da inseparabilidade entre a história da biopolítica e a do capitalismo, tais como expostas por Foucault.

É verdade que a posição assumida por Fanon, somente reforça que as análises de Foucault são bastante gerais, quanto à história europeia, mas

675 FANON, F., “Pele Negra, Máscaras Brancas”, cit., p.25.

676 FANON, F., “Pele Negra, Máscaras Brancas”, cit., p.24.

677 FANON.F., “Les damnés de la terre”, Paris, 2002, p.134.

678 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.40. Todas as traduções de textos originais constantes deste artigo são de seu próprio autor. Segue o texto original. “*Le colon et le colonisé sont de vieilles connaissances. Et, de fait, le colon a raison quand il dit « les » connaître. C'est le colon qui a fait et qui continue à faire le colonisé.*”

manifestam-se no caso específico da colonização, com tonalidades e caracteres impensados por Foucault, já que o filósofo francês carece em suas obras principais de uma reflexão específica sobre a colonização, como teremos oportunidade de destacar mais à frente.

Fanon é bem claro quanto à necessidade do colonizador de produzir como uma realidade o racismo, isto é, de que o colonizado, o negro (invenção da colonização), o árabe, o africano, o antilhano, sejam vistos como sub-humanos.

O racismo da burguesia ocidental em relação ao negro ou ao “homem de turbante” é um racismo de desprezo – um racismo que minimiza. Mas a ideologia burguesa, que proclama uma igualdade de essência entre todos os homens, consegue permanecer logicamente coerente consigo mesma ao convidar os sub-humanos a humanizarem-se através do tipo de humanidade ocidental que ela encarna.⁶⁷⁹

A imagem e auto-imagem do colonizado há de ser a de uma criatura desprovida de ética, não dotada de valores, negadora dos valores universais do ocidente, o mal absoluto, o elemento corrosivo, corruptor, sem estética nem moral, movido por um inconsciente incurável sobre a base de forças cegas⁶⁸⁰. Daí a necessidade de destruir a cultura dos colonizados, ou sustentar que nunca tiveram uma cultura, e também a compreensão do momento quando estes tentarão talvez retornar aos escombros dessa cultura destruída e os limites desse empreendimento de resgate e que se ligam aos chamados Movimentos de Negritude na África de meados do século XX.

Voltemos, porém, ao entranhamento desse racismo na mentalidade do colonizado, que corresponde a uma atitude servil e amedrontada, essencial à colonização, uma inibição que se reflete no seu corpo, na necessidade logo aprendida de “permanecer em seu lugar” de “não ultrapassar seus limites”⁶⁸¹. Daí que os sonhos do colonizado sejam sonhos de movimento, de ação, musculares, de uma brutalidade agressiva, de libertação dessa expressão da repressão psíquica que se manifesta ao nível muscular.

As reações a tais níveis de repressão psíquica, expressas no corpo, darão eventualmente lugar aos primeiros impulsos violentos das revoltas anticoloniais, mas evidentemente não podem ser o suficiente para a promoção da efetiva

679 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.158. Segue o texto original. *“Le racisme bourgeois occidental à l’égard du nègre et du « bicot » est un racisme de mépris ; c’est un racisme qui minimise. Mais l’idéologie bourgeoise, qui est proclamation d’une égalité d’essence entre les hommes, se débrouille pour rester logique avec elle-même en invitant les sous-hommes à s’humaniser à travers le type d’humanité occidental qu’elle incarne.”*

680 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.44.

681 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.53.

descolonização, como veremos mais adiante.

Também é de se destacar a afirmação de Fanon de que o mundo colonial é um mundo fundamentalmente maniqueísta, como o já aludido racismo implica. Toda a cidade colonial, sobretudo a capital, é expressão desse maniqueísmo, com suas zonas para os colonizadores, onde vivem luxuosamente, e com esse outro mundo que é a zona da cidade em que habitam esses animais, esses sub-humanos, esses homens feitos objetos, que são os colonizados. O traço elementar do maniqueísmo é que é do esgotamento da vida desses sub-humanos que o colonizador extrai sua riqueza.

É um mundo dividido binariamente, entre os maus e os bons, entre os negros e os brancos, entre os animais e os civilizados, entre os dotados de razão e os homens-objeto, entre os inferiores e os superiores⁶⁸². É, como diz Fanon, uma história construída concretamente e de forma muito consciente pelo colonizador, ele “faz história”⁶⁸³.

Num primeiro momento, o levante agressivo, violento, cruento contra o colonizador, a insurreição mortal, o desejo de eliminar esse opressor e se apoderar de seu lugar, é o impulso desses levantes. O processo não é apenas visto por Fanon do ponto de vista dos esquemas de ação, mas também, como é próprio de sua visada desde a psiquiatria e a psicanálise, com os seus processos íntimos e psicológicos. “Ao nível dos indivíduos, a violência desintoxica. Ela desembaraça o colonizado de seu complexo de inferioridade, de suas atitudes contemplativas ou desesperadas. Ela os torna intrépidos, os reabilita a seus próprios olhos.”⁶⁸⁴

Como já dito, é apenas um primeiro momento, em tudo insuficiente e dotado de suas próprias contradições. O complexo de inferioridade não desaparece de uma vez por todas pelo só pelo gesto homicida contra o patrão, ainda que em um levante coletivo. A violência é um primeiro refulgir de uma subjetividade que momentaneamente pode ver a si mesma como não inferior, mas retornará, por exemplo nas impotências sentidas após a independência formal, quando, privados de todas as técnicas e da infraestrutura que a antiga metrópole agora lhes retira, os povos do chamado terceiro mundo virem diante de si o aparentemente impossível processo de construção da economia nacional e de sua inserção no concerto das nações.

A violência da colonização, do colonizador sobre o colonizado, isto é, o maniqueísmo do colonizador, é para Fanon produtor do maniqueísmo do

682 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.44-45.

683 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.52-53.

684 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.90.

colonizado, do contra-racismo do colonizado, de seu ódio ao branco europeu e destes primeiros impulsos violentos, que se explicam pura e simplesmente como reação natural à violência desproporcional a que são prolongadamente submetidos⁶⁸⁵. A exclusão do colonizado pelo colonizador dará então origem a uma lógica de “exclusão mútua” que emana de parte a parte, de um polo para o outro em ambas as direções, do colonizador para o colonizado, primeiramente, mas, em seguida e como reação, do colonizado para o colonizador.

Se a produção de subjetividade é parte essencial para Fanon da máquina colonial, a produção de uma nova subjetividade há necessariamente de estar envolvida nos processos de sua superação, na descolonização efetiva. Este tema aparece desde a primeira página de *Os Condenados da Terra*: “a descolonização é muito simplesmente a substituição de uma “espécie” de homens por uma outra “espécie” de homens⁶⁸⁶. As expressões são eloquentes: “uma nova geração de homens”, “uma nova linguagem e uma nova humanidade”, “a criação de novos homens”. Ora, a passagem citada algumas linhas acima em destaque, indicando a contradição radical do pensamento e da cultura europeias, desde o Iluminismo, a reivindicarem a igualdade dos homens e convivendo com a colonização e a fabricação de sub-humanos, há aqui de nos iluminar.

Para o surgimento do novo homem, os valores da cultura ocidental devem ser postos em xeque. Em verdade são inúteis para a luta dos colonizados. No coração desta cultura do Norte, Fanon perspicazmente situa o individualismo⁶⁸⁷. O individualismo e a competição entre os indivíduos que dele resulta, individualismo que em alguma parte já foi chamado de individualismo possessivo, é a pedra de toque da sociedade capitalista, da qual a colonização foi e é uma extensão fundamental, pois a descolonização da África e da Ásia, ou mesmo da América Latina, não está até hoje concretizada com a mera independência formal de países antes formalmente colônias.

Lembre-se que neste ponto Foucault parece estar fortemente de acordo, na medida em que desenvolve em *O Nascimento da Biopolítica* a figura do indivíduo-empresa, empresa de si mesmo, empreendedor, tomando sobre si o constante risco da existência que não deveria recair sobre a figura do trabalhador, mas sobre a do capitalista, indivíduo este que é para Foucault o modelo de pensamento no neoliberalismo na sua vertente originária, isto é, austríaca, o ordoliberalismo de Freiburg.

685 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.89.

686 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.39.

687 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.49.

Este novo homem é, para Fanon, necessariamente coletivista. Nada para ele é primeiro que a luta da nação, a luta dos povos explorados, a luta da humanidade. O caminho da descolonização é uma luta na direção da mentalidade comunitária. “O indivíduo desaparece diante da comunidade”⁶⁸⁸. Ainda que nesta passagem esse seja apenas um traço que segundo Fanon sobrevive nas sociedades colonizadas em meio ao campesinato, ele é uma das bases da construção da nação. Não há que se falar em nova nação. A história da nação começa com a descolonização⁶⁸⁹. A história que o colonizador reivindica não é a da nação dos povos colonizados, é a de sua pilhagem, de seu roubo, de seu morticínio, capítulo da história dos europeus.

Não há de se pretender retrair aqui todas as desventuras que os movimentos espontaneistas das primeiras insurreições enfrentam, nem as tristes limitações da fase nacionalista, que persegue pura e simplesmente a independência formal, preferencialmente pacífica, e a substituição da exploração direta praticada pelo capitalista estrangeiro pela exploração indireta, pelo mesmo agente, mediada por uma elite pseudoburguesa colonial, ou ainda as divisões que os diversos retornos a comunidades mais restritas, tribais ou religiosas, poderão causar de danos a uma África unida, que possa pôr-se de pé, este último o grande limite que Fanon enxerga nos Movimentos de Negritude e nas lutas fratricidas em África entre cristãos e muçulmanos, ou entre uma África negra, subsaariana e uma África do Norte, branca.

A luta violenta contra o colonizador não é por si o caminho da descolonização, mas lança em movimento a força crítica de novas contradições. Toda a reflexão que Fanon empreende ao longo e especialmente ao final do capítulo II de *Os Condenados da Terra*⁶⁹⁰, apontam na direção de que as insurreições que irrompem no começo, movidas pelo maniqueísmo da sociedade colonial e incorporado, como reação, pelo colonizado, exibirão sua contradição na própria luta. Após a independência formal, frustrados pelos resultados de governos demagogos que nunca deixam de colaborar com a exploração pelas antigas metrópoles ou por novos agentes capitalistas estrangeiros, as pessoas se dão conta de que a exploração do povo pode ser operada por negros, por árabes, que o europeu branco não é o único inimigo e que eventualmente haverá, até entre as fileiras dos colonos europeus, aqueles que não se alinharão à opressão sangrenta

688 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.111. Texto original. “*L’individu s’efface devant la communauté.*”

689 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.53.

690 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.137-141.

da metrópole ao levante colonial. A complexidade dos diferentes interesses no interior da sociedade colonizada aponta e exige a superação do racismo e do maniqueísmo como mola propulsora da luta da nação. Essa complexidade, sentida nas frustrações dos movimentos de libertação nacional e dos países recém-independentes apontam para a necessidade de uma educação do povo, uma educação que só pode se dar de forma organizada por um agente que Fanon se esforça por delinear e que aqui não poderemos detalhar em suas minúcias, o Partido Nacional, um partido renovado, de uma outra natureza daquela instituição que é o partido político, herdado da cultura europeia.

O Partido é pensado a serviço da Nação, não para conduzi-la. Toda a complexidade residirá aí. Fanon não é um ativista de nenhum movimento negro, ou mesmo estritamente africano, embora em vários momentos, deva sê-lo, por questões de estratégia. Fanon é um universalista, um militante da humanidade, mas de uma humanidade que compreenda que a salvação de um só pode ser pensada no contexto da salvação de toda uma humanidade renovada, em que o governo é guiado pelo partido e o partido é guiado pela nação e em que o tipo individualista possessivo terá desaparecido.

Ora, pode-se alegar que estamos aqui diante de utopias. Preferimos pensar que estamos aqui diante da experimentação de novas possibilidades para a construção do futuro dos explorados no planeta e, ao fim e ao cabo do planeta inteiro.

IV. APROXIMAÇÕES ENTRE OS PENSAMENTOS DE FANON E FOUCAULT NO CONTEXTO DE ALGUNS ELEMENTOS DA REALIDADE POLÍTICO-SOCIAL DO BRASIL CONTEMPORÂNEO, À GUIA DE CONCLUSÃO

Creemos que alguns pontos de contato entre o pensamento de Fanon, sua precocidade, se comparado ao pensamento de Foucault, bem como a fertilidade de ambos os pensadores para a compreensão da contemporaneidade estão bem estabelecidos. A relação entre o repúdio fanoniano ao individualismo e à crítica foucaultiana do indivíduo empresa é prenhe de aprofundamento, inclusive para pensar as novas e atuais formas de trabalho atomizado.

A centralidade da produção da subjetividade e a questão do racismo de Estado são dois pontos de grande eloquência. Porém, como vimos, o tema da produção de subjetividade em Fanon não se restringe a pensar a subjetividade do colonizado tal como fabricada pelo colonizador. Na verdade, esse é seu ponto de

partida. Seu ponto de chegada, embora aberto, incerto e em estado de esboço, é a produção de um novo homem, produção de subjetividade para o futuro, não mera reconstrução, narrativa ou crítica daquela cuja origem está situada no passado e ainda hoje em franco andamento.

Naturalmente há um marxismo em Fanon, embora aqui e ali o autor expresse certas insuficiências no pensamento de Marx para a compreensão da realidade das colônias, que também não poderemos aqui desenvolver.

Sabe-se que Foucault por mais de uma ocasião se põe como forte admirador e continuador em muitos aspectos de elementos do pensamento de Marx, embora seu distanciamento, por razões diversas, do marxismo francês de seu tempo seja também uma realidade, mas não há aí que se confundirem o que é Marx para Foucault e o que foi o marxismo francês para este autor. Talvez tenha razão Achille Mbembe ao final de sua obra *Necropolítica*, embora pondo-se desde seu início sob a influência do trabalho filosófico de Foucault ao afirmar que “a noção de biopoder é insuficiente para dar conta das formas contemporâneas de submissão da vida ao poder da morte”⁶⁹¹.

É que Foucault sempre foi bastante cauteloso em agir como a consciência do proletariado, preferindo traçar diagnósticos, descrever as estratégias das tecnologias de poder contemporâneas, retirá-las da invisibilidade que por vezes logram obter, para permitir que o conjunto da sociedade possa formular as críticas e apontar os caminhos possíveis. Aderiu explicitamente ao uma certa inspiração oriunda de Maquiavel.

Não há incompatibilidade entre Fanon e Foucault, a nosso ver, ao contrário, ambos se põem diferentemente no campo das lutas em torno de que tipo de racionalidade desejamos no campo político, Foucault descrevendo obsessivamente a racionalidade governamental contemporânea, sua influência pelo liberalismo econômico e mais tarde pelo ordoliberalismo de Freiburg e pelo neoliberalismo de Chicago a que denomina anarcocapitalismo. Cremos mesmo que aplaudiria o esforço de Mbembe por produzir novos conceitos para explorar uma realidade sempre em mutação e que Foucault teve de deixar de acompanhar a partir de sua morte.

Foucault não deixou de pensar acerca disso. Acerca, por exemplo, do socialismo, do marxismo. Ao fim mesmo do curso *Nascimento da Biopolítica*, na última página da transcrição da última aula, depois de traçar a história da biopolítica e de sua correlata racionalidade neoliberal no século XX, encerra pela

691 MBEMBE, A., “Necropolítica”, São Paulo, 2018, p.71.

afirmação de que a política é o embate de diferentes artes de governar, com suas diferentes racionalidades e do embate que suscitam, fazendo ali referência expressa ao marxismo e a uma arte de governar pautada pela racionalidade dos próprios governados ao lado, por exemplo, de uma arte de governar pautada pela racionalidade dos agentes econômicos.

Mais expressivamente era essa a temática que abordara em *Segurança, Território, População* quando falava de diferentes escatologias do Estado. É que a atual racionalidade governamental não tem escatologia, não tem fim, quer como finalidade, quer como término. Não é um Estado salvífico, não promete a salvação de todos e não aponta para uma consumação, mas para uma temporalidade aberta em que prosseguiria existindo perpetuamente, fundado sobre si mesmo e o triunfo de sua racionalidade econômica, tema também de Giorgio Agamben.

Foucault, porém, sinaliza a escatologia socialista ao referir-se ao “dia em que a sociedade civil puder se emancipar das injunções e das tutelas do Estado, quando o poder do Estado puder enfim ser absorvido por essa sociedade civil”⁶⁹². Dia do término do Estado, a escatologia de que Fanon está propriamente falando, o começo da história da nação.

São, portanto, obras complementares, em constante possibilidade diálogo e que tangenciam mesmo pontos comuns como pretendemos demonstrar.

Quando esse artigo se apresenta sob a forma de um ensaio, é porque pretende tocar brevemente em questões em andamento na política brasileira, embora o aprofundamento de tais reflexões tenha de exigir um desenvolvimento que é próprio deste trabalho, como apenas parte de um trabalho em processo de amadurecimento.

Fanon observou expressamente em *Os Condenados da Terra* os casos que lhe chegavam da história da América Latina. Ao descrever o processo de independência formal dos países colonizados, conduzida por uma elite local, que passa a desempenhar o papel de agente dos interesses de forças capitalistas externas; ao descrever uma burguesia desprovida evidentemente de qualquer força verdadeiramente criadora, incapaz de lançar a nação nos processos de industrialização necessários a seu verdadeiro desenvolvimento; ao pensar a mentalidade da burguesia colonial simplesmente como buscadora de oportunidades para agir como intermediária, ou seja, oportunidades de negócios, em vez de ser capaz de por em movimento as forças produtivas da nação; ao pensar a manutenção da estagnação da economia dos países colonizados na

692 FOUCAULT, M., “Segurança, Território, População”, São Paulo, 2008, p.478.

atividade de produção de matérias-primas e quando muito em locais para linhas de montagem de indústrias estrangeiras; ao pensar uma burguesia apenas capaz de organizar o turismo e tornar as antigas colônias, agora independentes, em cassinos, bordéis e *resorts* para o entretenimento das elites estrangeiras, Fanon disse expressamente, “vale a pena evocar o que aconteceu na América Latina”⁶⁹³.

Vivemos hoje, além disso, um grau de divisão social e de polarização política, que divide quase completamente a sociedade brasileira entre os apoiadores de um governo que chegou ao poder por um processo eleitoral corrompido, na sucessão de um Golpe de Estado, e os que a isso se opõem. Critiquem o quanto quiserem que essas afirmações se encontrem aqui desacompanhadas das análises que lhe poderiam dar fundamento, pois estamos apenas as acoplando, originadas que são de fontes outras e inseparáveis da interpretação que faz o próprio autor destes processos históricos, à reflexão teórica aqui desenvolvida. A formação do autor é a Filosofia. O presente texto segundo nossa compreensão da Filosofia, que parece se aproximar da que era adotada por Foucault, somente poderia assumir a forma de um ensaio, pois o caráter aberto das reflexões é para nós inerente à Filosofia.

Mas voltemos à polarização de nossa sociedade. Cremos que suas origens mais profundas são o maniqueísmo colonial, o racismo de Estado, que nunca deixou de operar entre nós desde a colonização a operação da distribuição da morte. Cremos que nosso povo jamais criou a oportunidade de romper com sua história colonial, de se descolonizar. Cremos que isso permite operar entre nós, uma necropolítica, para usar a noção lançada por Mbembe que apenas assume hoje mais uma vez um caráter muito ostensivo, mas que nunca se ausentou de nosso tecido social.

Cremos que esse racismo de Estado, que esse maniqueísmo colonial bem poderia ser pensado em relação ao que Giorgio Agamben descreve como a “fratura do povo” ou o “homo sacer” ou o “estado de exceção permanente”.

Cremos enfim que a falta de uma descolonização no Brasil é o que nos acostumou a naturalizar a constante passagem do governo, de mão em mão, de uma elite sorridente a outra, sempre em maior ou menor cooperação com forças econômicas estrangeiras, não no sentido de que possamos colaborar para um maior desenvolvimento do planeta, mas para o auxílio da manutenção em maior ou menor grau de forças de exploração econômica que pretendem jamais nos permitir alçar sequer à industrialização nacional, quanto menos ao projeto político

693 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.149.

de uma nação. Por isso os golpes de estado entre nós do mesmo modo não são em nada escandalosos para boa parte de nosso povo, mas parte rotineira da nossa longa duração histórica, em contínua articulação com nosso passado e nosso presente, ambos coloniais e até mesmo desejados por amplos segmentos.

Como disse Fanon em sua obra de 1961, “nós agora sabemos que o fascismo míope que triunfou por meio século na América Latina é o resultado dialético do Estado semicolonial do momento de a independência”⁶⁹⁴.

Creemos que Fanon tinha e continua tendo razão.

A Filosofia cumpre seu papel tão somente no estímulo a problematização, ao pensamento. E o pensamento se faz na concretude da própria vida. É assim que finalmente a reflexão fica em aberto. O final é o começo.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGAMBEN, G., “Homo sacer, Il potere sovrano e la nuda vita”, Torino, 1995.
- AGAMBEN, G., “Mezzi senza fine”. Note sulla politica, Torino, 1996.
- AGAMBEN, G., “Stato di Eccezione”. Homo sacer, Vol 2/1, Torino, 2003.
- AGAMBEN, G., “Il regno e la gloria”. Per una genealogia teologica dell'economia e del governo. Homo sacer. Vol 2/2, Vicenza, 2007.
- AGAMBEN, G., “Che cos'è il contemporaneo?”, Roma, 2008.
- FANON, F., “Peau noire, masques blancs”, Paris, 2001.
- FANON, F., “Les Damnés de la Terre”, Paris, 2002.
- FANON, F., “Pele Negra, Máscaras Brancas”, Salvador, 2008.
- FANON, F., “Os Condenados da Terra”, Juiz de Fora, 2015.
- FOUCAULT, M., “Il faut défendre la société”, Paris, 1997.
- FOUCAULT, M., “Em Defesa da Sociedade”, São Paulo, 1999.
- FOUCAULT, M., “Sécurité, territoire, population”, Paris, 2004.
- FOUCAULT, M., “Naissance de la biopolitique”. Gallimard, Paris, 2004.
- FOUCAULT, M., “Le Gouvernement de soi et des autres I”, Paris, 2008.
- FOUCAULT, M., “Nascimento da Biopolítica”, São Paulo, 2008.

694 FANON.F., “Les damnés de la terre”, cit., p.165.

- FOUCAULT, M., “Segurança, Território, População”, São Paulo, 2008.
- FOUCAULT, M., “O Governo de Si e dos Outros”, São Paulo, 2010.
- MBEMBE, A., “Necropolítica”, São Paulo, 2018.

ARBITRABILIDADE DO DANO AMBIENTAL

NOBRE, Juliana Machado

Graduanda pela Universidade Federal Fluminense -
UFF, Niterói, Brasil, juliananobre@id.uff.br

PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos

Prof. Adjunto pela Universidade Federal Fluminense -
UFF, Niterói, Brasil, spauseiro@gmail.com

PEREIRA, Amanda Arantes

Graduanda pela Universidade Federal Fluminense -
UFF, Niterói, Brasil, aarantesp@yahoo.com.br

RESUMO

O estudo a seguir pretende debater, de maneira mais aprofundada, a possibilidade da utilização do meio alternativo da arbitragem para a solução de conflitos acerca de danos ambientais. Neste trabalho irá ser destacado os conceitos de arbitragem, dano ambiental, meio ambiente e direitos difusos. O direito ao meio ambiente é garantido constitucionalmente como um direito fundamental, sendo assim, à toda pessoa deve ser assegurado o meio ambiente equilibrado e saudável. Entretanto, nos dias atuais, os danos ambientais causados pelo descuido do homem têm sido cada vez mais comuns, desse modo, vê-se a necessidade de aplicar um meio alternativo ao judiciário, mais célere, técnico e sigiloso, e é por isso que será analisado o método da arbitragem. Será ressaltado também, como tal questão está mais avançada no direito comparado, em relação ao Brasil.

Palavras-chave: arbitragem; arbitrabilidade; danos ambientais; direito difuso; meio ambiente.

ABSTRACT

The following study intends to discuss in more depth the possibility of using the alternative means of arbitration for the solution of conflicts about environmental damages. In this work will be highlighted the concepts of arbitrage, environmental damage, environment and diffuse rights. The right to the environment is constitutionally guaranteed as a fundamental right, and thus, everyone must be ensured the environment balanced and healthy. However, nowadays, the environmental damage caused by the carelessness of man has been more and more common. In this way, it is necessary to apply an alternative to the judiciary, faster, more technical and more secretive, and that is why it will be analyzed the arbitration method. It will also be emphasized, as this issue is more advanced in comparative law, compared to Brazil.

Key-words: arbitration; arbitrability; environmental damage; diffuse right; environment.

RESÚMEN

El estudio a continuación pretende debatir, de manera más profunda, la posibilidad de utilizar el medio alternativo del arbitraje para la solución de conflictos sobre daños ambientales. En este trabajo se destacarán los conceptos de arbitraje, daño ambiental, medio ambiente y derechos difusos. El derecho al medio ambiente está garantizado constitucionalmente como un derecho fundamental, por lo que a toda persona debe garantizarse el medio ambiente equilibrado y sano. Sin embargo, en los días actuales, los daños ambientales causados por el descuido del hombre han sido cada vez más comunes, de modo que se ve la necesidad de aplicar un medio alternativo al poder judicial, más rápido, técnico y secreto, y es por eso que será se analizó el método del arbitraje. Se resalta también, como tal cuestión está más avanzada en el derecho comparado, en relación a Brasil.

Palabras clave: arbitraje; arbitrabilidad; daños ambientales; derecho difuso; medio ambiente.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. Da Compatibilidade da Arbitragem nos Litígios Ambientais; 2. Da Legitimidade e do Instrumento Apto para Firmar a Convenção de Arbitragem; 3. A (In)disponibilidade do Dano Ambiental; 4. Dos Casos Concretos que demonstram a Possibilidade de Arbitragem no Dano Ambiental. CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Atualmente, é de praxe o debate sobre a manutenção do meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado. Em razão da Revolução Industrial, houve uma extrema modificação no modo de vida do ser humano - a ganância do homem para aumentar seus próprios lucros, a entrada de empresas multinacionais em diversos países, a demanda por um ritmo de produção veloz e a necessidade de ter tudo à disposição de maneira imediata - demandando respostas que acabaram por prejudicar os cuidados com a natureza.

Deste modo, surge uma realidade onde os danos ambientais crescem vertiginosamente e de maneira incontrolável. A partir disso, tendo em vista o objetivo

principal nesses casos que é restabelecer o *status a quo* do ecossistema afetado, para que se possa minimizar os malefícios causados, começam a surgir questionamentos de outros meios de lidar com esses conflitos além da tradicional jurisdição estadual. Isso porque para além de morosa, a via judicial não comporta os melhores adjetivos para tratar questões tão complexas como as discussões de natureza ambiental.

Com base nesta premissa, necessário se faz o uso de um outro método para a solução de controvérsias oriundas de danos ambientais, à medida que o Judiciário possui inúmeras demandas - como é do conhecimento comum - e as soluções de mérito são, cada vez, mais demoradas, o que não pode, de nenhum modo, acontecer em litígios de Direito Ambiental.

Neste cenário, a Arbitragem é uma via jurisdicional de solução pacífica de conflitos, na qual as partes detêm a liberdade de escolher o árbitro, delimitar o direito aplicável e estabelecer com base em quais critérios deve o árbitro julgador dirimir a matéria conflituosa. Em outras palavras, os sujeitos das relações jurídicas têm a possibilidade de atribuir ao árbitro o poder de decidir a controvérsia, conforme as regras convencionadas pelas mesmas.

Sobre este ponto, Carlos Alberto Carmona conceitua a arbitragem como:
uma técnica para solução de controvérsias através da intervenção de uma ou mais pessoas que recebem seus poderes de uma convenção privada, decidindo com base nesta convenção, sem intervenção do Estado, sendo a decisão destinada a assumir a eficácia de sentença judicial.⁶⁹⁵

Superada a conceituação do tema, a arbitragem é um instrumento que possui diversas vantagens que a via judicial comum não apresenta. A primeira delas, é a possibilidade das partes escolherem o árbitro de acordo com as qualidades que considerarem relevantes ao caso, ou seja, os envolvidos podem indicar árbitros especializados em questões pertinentes àquela discussão levada a arbitramento, contribuindo, então, para solucionar aquela determinada lide de uma forma ainda mais apropriada.

Além da liberdade de escolha das partes e da imparcialidade que o árbitro deverá apresentar, outro benefício do uso da arbitragem em questões ambientais - sobretudo no âmbito interno - é a possibilidade da via arbitral ser operada para solucionar problemas ambientais que, embora devessem ser considerados

⁶⁹⁵ CARMONA, C. A. "A arbitragem no processo civil brasileiro". 1ª Edição. São Paulo. 1993. p. 19.

obstáculos à manutenção da qualidade de vida, não são levados à apreciação do Poder Judiciário, por se tratar de questões aparentemente irrisórias.⁶⁹⁶

No mais, outra vantagem da utilização da via arbitral está na faculdade das partes em autorizar que o árbitro decida com equidade, conforme preconiza o art. 2º da Lei 9.307/1996⁶⁹⁷ cujo teor se segue: “a arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes”. Acrescente-se, ainda, que a regra esculpida nos parágrafos 1º e 2º do mencionado artigo, atribui às partes a liberdade de escolha das regras de Direito que serão aplicadas na arbitragem e também permite a utilização dos princípios gerais do Direito para decidir o conflito.⁶⁹⁸

De acordo com o art. 3º, I, da lei 6.938/81⁶⁹⁹ (Lei da Política Nacional do Meio ambiente), o meio ambiente é “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”. Em um sentido jurídico, o meio ambiente é um *macrobem* unitário, incorpóreo e imaterial, com uma configuração também de *microbem*.⁷⁰⁰ Em outras palavras, por *macrobem* entende-se o meio ambiente como um todo, em seu conceito mais profundo e adequado, e, portanto, um conjunto de interações e elementos.

Ao contrário da visão condensada que comporta a definição de *macrobem* ambiental, *microbem* ambiental é todo e qualquer elemento constituinte e integrante do meio ambiente. Os *microbens*, ao interagirem, é que formam o meio ambiente e, conseqüentemente, o *macrobem* ambiental.⁷⁰¹

Nesse sentido, José Rubens Morato Leite destaca que o dano ambiental pode ser bipartido, eis que:

De um lado, o interesse da coletividade em preservar o *macrobem* ambiental, sendo, então chamado de dano ambiental de interesse da coletividade ou de interesse público; De outro lado, o interesse particular individual próprio, ambos relativos às propriedades das pessoas e a seus interesses (*microbem*) concernente a uma lesão ao meio ambiente que se reflete no

⁶⁹⁶ FRANGETTO, F. W. “Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito internacional”. 1ª Edição. São Paulo. 2006. p.97

⁶⁹⁷ BRASIL. Lei de Arbitragem Lei 9.307/1996 de 23 de setembro de 1996.

⁶⁹⁸ BRASIL. Lei de Arbitragem Lei 9.307/1996 de 23 de setembro de 1996.

⁶⁹⁹ BRASIL. LEI Nº 6.938, DE 31 DE AGOSTO DE 1981.

⁷⁰⁰ LEITE, J. R. M. “Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial”. São Paulo, 2003. p. 98.

⁷⁰¹ MILARÉ, E. “Direito do ambiente. A gestão ambiental em foco”. 5ª edição. São Paulo, 2007. p. 48.

interesse particular da pessoa e, no caso, sendo chamado dano ambiental de interesse individual.⁷⁰²

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal (STF), Órgão máximo do Poder Judiciário Brasileiro, já se manifestou que o direito ao meio ambiente é de ordem fundamental e ainda, já fixou entendimento que a sobre a fundamentalidade da proteção ambiental, incluindo-a no rol dos direitos de terceira-geração, consoante se extrai do voto do ministro Celso de Mello, no julgamento da ADI 3.540-MC/DF, dado em 01/09/2005:

Todos sabemos que os preceitos inscritos no art. 225 da Carta Política traduzem, na concepção de seu alcance, a consagração constitucional, em nosso sistema de direito positivo, de uma das mais expressivas prerrogativas asseguradas às formações sociais contemporâneas. Essa prerrogativa, que se qualifica pelo seu caráter de metaindividualidade, consiste no reconhecimento de que todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.⁷⁰³

Logo, de acordo com Luiz Filipe Antunes o meio ambiente saudável é, sem dúvida, um direito difuso, já que:

estrutura-se como um interesse pertencente a todos e a cada um dos componentes da pluralidade indeterminada de que se trate. Não é um simples direito individual, reconhecedor de uma esfera pessoal e própria, exclusiva de domínio. O interesse difuso é o interesse de todos e de cada um ou, por outras palavras, é o interesse que cada indivíduo possui pelo fato de pertencer à pluralidade de sujeitos a que se refere a norma em questão.⁷⁰⁴

Somado a isso, ainda tem como característica ser um direito indisponível, ou seja, o seu titular não pode se desfazer dele por sua vontade própria, há uma ingerência estatal. A indisponibilidade dos direitos difusos faz com que muitos operadores do Direito acreditem que uma relação jurídica de conteúdo ambiental não pode ser submetida à arbitragem.

⁷⁰² LEITE, J. R. M. “Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial”. São Paulo, 2003. p. 9

⁷⁰³ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI3.540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, em 1o de set. de 2005.

⁷⁰⁴ ANTUNES, L. F. C. “Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil”. Coimbra, v. 67, p. 22, 1991.

Nesse sentido, a cultura jurídica brasileira tem restringido o uso de arbitragem às questões ambientais internacionais. Prova disso é o fato de o Brasil ser signatário de inúmeros tratados e convenções internacionais que dispõem sobre arbitragem em matéria ambiental, inclusive, incorporando-os às suas diretrizes internas, mas continuar propagando um discordo de que aqui os bens ambientais não são considerados disponíveis e, portanto, passíveis de arbitramento.

Isso sem considerar que muitos desses tratados internacionais adotam a arbitragem como meio de solução de controvérsias obrigatório, devendo as partes apenas ajustarem, previamente, por meio de qual juízo arbitral a resolução de disputas se dará caso seja necessário.

Se, por um lado, a arbitragem no campo do Direito Ambiental esbarra na limitação material imposta pela Lei de Arbitragem, por outro lado, é sabido que a violação de direitos difusos-direito fundamental ao meio ambiente implica a violação de direitos privados de particulares. Nesse sentido, a opção pela potencialização do uso de arbitragem ambiental como instrumento de solução pacífica de conflitos ambientais deve ser pautada pela verificação de suas vantagens em relação à jurisdição estatal e também da concretização das condições de utilização deste método também nas disputas oriundas da tutela ambiental.

É possível observar, portanto, que o método da arbitragem por ser mais célere, o árbitro ser mais especializado, a faculdade das partes em optar que o árbitro decida com equidade, conforme preconiza o art. 2º da Lei 9.307/1996,⁷⁰⁵ promove vantagens promissoras para a resolução de qualquer tipo lide, mormente aquelas atinentes aos danos ambientais, considerando a resposta quase que imediata que este tipo de conflito demanda de seus julgadores.

Desta forma, o objetivo do presente estudo é demonstrar como o instituto da arbitragem e o Direito Ambiental podem caminhar juntos, principalmente considerando que há, sem dúvida, um direcionamento da resolução de conflitos ambientais para métodos que possam oferecer vantagens mais céleres e uma solução mais eficaz. Além do mais, pretende-se ainda demonstrar de que forma o procedimento arbitral poderá ser adotado nesses casos, como por exemplo, qual poderá ser o instrumento, quem seriam os legitimados para promover e mover tal ação e, ao final, como que a teoria de direitos indisponíveis no Brasil não corresponde à realidade interna, tampouco a internacional.

Para tanto, foram utilizadas como metodologias basilares para o estudo e sintetização do tema, doutrinas renomadas, análise de leis, tratados e convenções

⁷⁰⁵ BRASIL. Lei de Arbitragem Lei 9.307/1996 de 23 de setembro de 1996.

internacionais e também de casos concretos que já demonstram, mesmo que de forma ainda tímida, a aplicação da arbitragem na seara ambiental.

II. DESENVOLVIMENTO

1. Da Compatibilidade da Arbitragem nos Litígios Ambientais.

A priori, é possível dizer que em questões atinentes a danos ambientais não seria possível a utilização da via arbitral. Primeiro, o direito ao meio ambiente se encontra previsto no rol dos direitos de terceira geração, assim, os sujeitos são indeterminados, tanto os afetados, como também os beneficiados, conforme preceitua o art. 225 da Constituição da República Federal Brasileira. Veja-se:

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.⁷⁰⁶

Sob a ótica do artigo 81, I do Código de Defesa do Consumidor é possível perceber também este entendimento acerca dos direitos difusos: “interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstância de fato”.⁷⁰⁷

Extraí-se, então, a partir do que foi dito, que não seria permitida a renúncia, tampouco a transação em matéria ambiental, isto é, só seria possível a via estatal para solução de tais conflitos. Sobre o tema, vale conferir o teor do artigo 841 do Código Civil: “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”.⁷⁰⁸

Contudo, apesar da indisponibilidade do objeto, Mancuso reconhece que tal acordo, na verdade, “é presumivelmente firmado com o propósito de resguardar o interesse difuso, se no decorrer do processo, a atividade nociva, que poderia ser paralisada por meio de acordo, continuar sendo pactuada”.⁷⁰⁹

Além disso, o sistema brasileiro admite o uso de instrumentos como a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) e de transação penal às

⁷⁰⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

⁷⁰⁷ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁷⁰⁸ BRASIL. Código Civil LEI Nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

⁷⁰⁹ MANCUSO, R. D. C. “Ação Civil Pública em defesa do meio ambiente, patrimônio cultural e dos consumidores” (Lei 7.347/85). São Paulo. 2005. p. 139-140.

infrações de menor potencial ofensivo para obter a resolução do conflito ambiental. Sendo assim, apenas com base no que até aqui foi exposto, não é preciso muito esforço para deduzir que é possível a utilização da via arbitral em casos onde houver dano ambiental.

Em segundo plano, poderia se falar da limitação imposta pelo art.1º da lei 9.307/1996, o qual expressa: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis”⁷¹⁰.

Logo, em atenção ao que dita o supracitado diploma, por ser o direito ao meio ambiente indisponível e a matéria ser considerada de ordem pública, não poderia ela jamais ser arbitrada. Contudo, antes de se fazer qualquer presunção absoluta - que ressalta-se não é prevista no ordenamento interno em nenhum caso de direito fundamental - deve-se verificar, inicialmente, qual a natureza jurídica do bem ambiental.

Isso porque é indispensável entender se estamos diante de um sistema de microbem ou de macrobem, eis que a disponibilidade do objeto da lide recai de acordo com a natureza do sistema afetado. Ou seja, por não se tratarem de relações estritamente patrimoniais, ou ainda, pelo fato de utilizarem o regime jurídico de direito público e não o direito privado, não significa que há óbices à utilização da arbitragem.

É possível concluir, portanto, que apesar da indisponibilidade do bem ambiental e sua natureza difusa - que será melhor analisado no tópico adiante - é cabível a utilização do método alternativo da arbitragem. Sendo assim, o artigo 225 CRFB deve ser interpretado de maneira a compreender que tanto o Poder Público, quanto o particular devem resguardar o meio ambiente ecologicamente equilibrado.

Ademais, o Decreto Lei 2.519 de 16 de março de 1998, o qual promulgou a Convenção sobre a Diversidade Biológica, prevê que seja utilizada a arbitragem.⁷¹¹ Apesar de ocorrer um atrito entre a norma interna e o que diz a norma internacional, pode-se incorporar por analogia, a regra do artigo 98 do Código Tributário Nacional: “Os tratados e convenções internacionais revogam ou modificam a legislação interna, e serão observados pelo que lhes sobrevenha”.⁷¹² Outrossim, o §2º, do art. 2º da Lei de Introdução ao Código Civil afasta o artigo 1º

⁷¹⁰ BRASIL. Lei de Arbitragem Lei 9.307/1996 de 23 de setembro de 1996.

⁷¹¹ BRASIL. DECRETO Nº 2.519, de 16 de março de 1998.

⁷¹² BRASIL. Código Tributário Nacional LEI Nº 5.172, de 25 de outubro de 1966.

da Lei de Arbitragem, admitindo, portanto, o uso da arbitragem em tratados internacionais.⁷¹³

É importante suscitar também, que a aplicação do método alternativo da arbitragem é mais célere e eficaz, o que em se tratando de danos ambientais é de suma importância para se resgatar o *status quo* anterior. A arbitragem por se tratar de meio alternativo de solução de conflitos não possui uma demanda tão grande comparado àquela comum do Judiciário. Além disso, é um acordo estabelecido entre as partes, e por isso o seu resultado final é mais eficiente e cujo cumprimento será mais fácil.

2. Da Legitimidade e do Instrumento Apto para Firmar a Convenção de Arbitragem

Em que pese a Ação Civil Pública e a Ação Popular terem se mostrado como os dois meios processuais mais utilizados em matéria ambiental, também se verifica a possibilidade de serem invocados meios alternativos de solução de conflitos ambientais, como a mediação, a conciliação e o inquérito civil combinado com o Termo de Ajustamento de Conduta e por fim, a arbitragem.

Nesses casos, de acordo Sistema Brasileiro, a regra geral é a de que opera a legitimação oriunda da lei. Assim, é possível que haja a legitimação extraordinária, que nada mais é que um regime de substituição processual e independentemente da vontade de eventuais outros interessados, que apenas aqueles indivíduos previstos poderão promover a determinada ação.

Superada esta conceituação inicial, destaca-se que a legitimação para este dois tipos de ação se encontra prevista, respectivamente, no artigo 82 do Código de Defesa do Consumidor⁷¹⁴ e no artigo 5º da Lei de Ação Civil Pública⁷¹⁵ e ainda, no artigo 8, III da Constituição da República Federativa do Brasil⁷¹⁶. Em síntese, em linhas gerais, o que vemos é que o Ministério Público, Defensoria Pública, Associações - constituídas há mais de um ano e com objeto ao direito ambiental -, Sindicatos e Entes Integrantes da Administração Pública, seja eles da ordem direta e indiretamente, foram os agraciados pelas Leis com a legitimidade para promoção das ações.

⁷¹³ BRASIL. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro DECRETO-LEI Nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.

⁷¹⁴ BRASIL. Código de Defesa do Consumidor LEI Nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.

⁷¹⁵ BRASIL. Lei da Ação Civil Pública Nº 7.347, de 24 de julho de 1985.

⁷¹⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro 1988.

De acordo com Luiz Roberto Barroso “a decisão política do legislador foi no sentido de atribuir a legitimação ativa a pessoas jurídicas, públicas e privadas, ou a órgãos públicos dotados de autonomia”.

Ocorre que quando se pensa em arbitragem de dano ambiental resta mais uma problemática a ser superada. Bernardo Lima⁷¹⁷ indica que existe outro obstáculo a ser enfrentado pela arbitrabilidade do direito ambiental: a atribuição dos órgãos públicos para realizar o compromisso de ajustamento de conduta. Primeiro porque para o legitimado poder confeccionar este documento deve ser órgão público, segundo, em razão da própria descrição da norma, veda-se a transação do instituto.

Deslocando-se para o Ministério Público, parte da doutrina entende que a arbitragem não poderia ser aplicada na seara ambiental diante da titularidade do Ministério Público para mover a Ação Civil Pública, o que, não impediria sua atuação como fiscal. Até porque o artigo 127 da CRFB/88⁷¹⁸ não veda o uso da arbitragem, mas apenas se omite em relação a ela, já que tal método ainda carece de tratamento legislativo adequado dentro da Constituição, uma vez ser posterior à sua elaboração.

Bernardo Lima⁷¹⁹ acredita que, na verdade, o Termo de Ajuste de Conduta (TAC) é um “mecanismo de transação, embora nos pareça claro que, nesse caso, ficam impossibilitadas as partes de negociarem a respeito da renúncia ou cessão de situações jurídicas indisponíveis”.

Posto isso, a solução que se dá a seguinte: deve-se crer que esses legitimados serão os mesmos para a arbitragem ou ainda, possam atuar como fiscal da ordem jurídica - como no caso do Ministério Público.

Em suma, em matéria de dano ambiental, é difícil haver origem contratual, pois boa parte dos litígios provém de danos que já foram causados. Logo, na ausência de cláusula compromissória, só é possível haver arbitragem se as partes assim decidirem, posteriormente, aos danos terem sido causados - o que é raro, porque uma vez surgida a disputa, é muito difícil convergir sobre o modo de resolver aquele conflito.

⁷¹⁷ LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 115.

⁷¹⁸ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

⁷¹⁹ LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 118.

3. A (In)disponibilidade do Dano Ambiental

Quem analisa a questão com um olhar mais despercebido pode acreditar - ou quase afirmar - que a arbitragem em nada se aproxima ao direito ambiental. Bem é verdade que a arbitragem é um modelo de resolução de disputas relacionada à esfera privada da autonomia da vontade, conquanto as questões ambientais são resolvidas no âmbito público, em razão da importância que possuem na proteção de nosso ecossistema. Isso, sem dúvida, poderia demonstrar que esses dois sistemas caminham em lógicas opostas, além de não possuírem qualquer conexão entre si⁷²⁰.

Embora, *a priori*, possam ser institutos que em nada se comunicam, tanto a arbitragem como o direito ambiental e os conflitos que o envolve são temas que se encontram em grande debate no cenário internacional, sobretudo no âmbito interno das normas jurídicas do Brasil. Isso porque, de um lado a arbitragem cresce e conquista mais espaço como instrumento viabilizador de resolução de litígios e do outro, o atual sistema de solução de conflitos ambientais não é suficiente para lidar com questões tão importantes e que demandam respostas urgentes nas quais se buscam restabelecer o *status a quo* da localidade afetada.

Logo, não é preciso empreender muito esforço para deduzir que se temos um modelo tão desenvolvido que oferece respostas rápidas, técnicas e mais adequadas à resolução do litígio e se os problemas ambientais crescem exponencialmente, em algum momento esses dois institutos precisarão dialogar.

Ocorre que conforme já foi ressaltado nos tópicos anteriores, alguns obstáculos impedem que a arbitragem seja utilizada de forma plena e sem manobras como instrumento viabilizador de soluções ambientais. Todavia, sem dúvida, o principal deles é característica de indisponibilidade do direito ambiental que permeia todo o ordenamento jurídico e que será neste tópico melhor analisada.

Segundo Paulo de Bessa Antunes⁷²¹ indisponíveis são os direitos que não podem ser transferidos, extintos ou modificados, ou ainda, alienados por ato de manifestação de vontade de seu próprio titular, pois, na verdade, eles devem ser exercidos na forma que a lei ordenar.

Bernardo Lima⁷²² entende que a indisponibilidade dos direitos ambientais decorre da sua própria natureza e, então, solucionar este problema seria uma tarefa

⁷²⁰ ABOIM, L. C. CLAY, T. "Arbitragem e Meio Ambiente". RBAr N° 4, 2004, p. 33.

⁷²¹ ANTUNES, P. D. B. "Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem". Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 02.

⁷²² LIMA, B. "A arbitralidade do dano ambiental", 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 132/133.

quase que impossível. O Autor aduz ainda, que não há como retirar a essencialidade do bem, sobretudo um que está intrinsecamente relacionado ao bem-estar e ao equilíbrio ambiental.

Todavia, de acordo com o art. 1º da Lei nº. 9.307 de 23 de setembro de 1996, notadamente conhecida como Lei da Arbitragem, apenas as pessoas capazes poderão utilizar a arbitragem para resolver litígios atinentes a direitos patrimoniais disponíveis. Ou seja, baseando-se apenas no dispositivo citado, fato é que não se poderia aplicar este instrumento para conflitos oriundos de danos ambientais.

Na Constituição da República, há vários comentários sobre a proteção do meio ambiente e quais diretrizes devem ser obedecidas para consecução desta finalidade, tratando de forma ímpar a temática em questão. Ocorre que se for feita uma leitura detalhada de seu conteúdo, é possível identificar que a indisponibilidade não é uma regra absoluta e inerente a todo sistema ambiental, mas tão somente uma exceção expressamente definida em algumas poucas hipóteses⁷²³.

Nas palavras de Lacerda⁷²⁴ direito indisponível não é disponível que por sua vez, consiste em:

todo aquele direito que advindo do capital ou do trabalho, ou da conjugação de ambos, bem como ainda dos proventos de qualquer natureza como tais entendidos os acréscimos patrimoniais não oriundos do capital ou do trabalho ou da conjugação de ambos, pode ser livremente negociado pelas partes, eis que não sofre qualquer impedimento de alienação quer por força de lei, quer por força de ato de vontade.

Na verdade, o que se vê é que o debate sobre a indisponibilidade desses bens não passa de um mero mito que permeia o direito ambiental⁷²⁵ e que ainda, restringe a discussão à algo muito menor do que ela realmente é. Ou seja, enquanto se discute na doutrina sobre os direitos envolvidos serem de cunho estritamente patrimonial e disponível, na prática, o Brasil já incorporou várias convenções internacionais que fazem previsão do uso da arbitragem no meio ambiente.

Basta para tanto observar: (i) a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar (UNCLOS), incorporada no ordenamento interno através do

⁷²³ ANTUNES. P. D. B. “Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem”. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 03.

⁷²⁴ COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017. p. 17.

⁷²⁵ ANTUNES. P. D. B. “Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem”. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 03.

Decreto nº. 99.165/1990⁷²⁶ cujo artigo 188 prevê a submissão de controvérsias à arbitragem obrigatória; (ii) o Tratado da Antártida, promulgado pelo Decreto nº. 75.963/1975⁷²⁷ que em seu artigo XI prevê que qualquer controvérsia que possa surgir seja solucionada por arbitramento; (iii) a Convenção de Viena para a proteção da Camada de Ozônio que também dispõe sobre o uso da arbitragem em eventuais disputas em seu artigo 11⁷²⁸; (iv) a Convenção sobre Mudança de Clima, que em seu artigo 14, 2, b ⁷²⁹ também antevê a possibilidade do uso da arbitragem; (v) a Convenção de Basileia sobre o Controle de Movimentos Transfronteiriços de Resíduos Perigosos e por fim, (vi) o Tratado da Organização Mundial do Comércio.

Observa-se ainda, a Convenção sobre a Diversidade Biológica que objetivando alcançar de uma forma sustentável a diversidade biológica das gerações futuras e também presentes, trouxe a possibilidade do uso de arbitragem e até de mediação em caso de eventuais controvérsias que surjam entre os Estados-signatários. Na mesma esteira, também merece destaque o Protocolo de Brasília que garante à arbitragem a responsabilidade de solucionar os conflitos que possam surgir no âmbito do Mercosul⁷³⁰.

Partindo para a análise da experiência internacional, é frequente na Europa, o uso da arbitragem para resolver litígios de caráter ambiental. Inclusive, esta realidade se verifica a partir de contratos privados, realizados por partes usuárias de recursos ambientais, que consistem em acordos de exploração compartilhada com a finalidade de viabilizar a exploração do meio ambiente e majorar os critérios de qualidade no manejo deste. Assim, para prevenir litígios é comum que exista nesses contratos cláusula arbitral prevendo uma solução mais célere, caso surjam desavenças ou problemas com as áreas exploradas.

Ante o exposto, em que pese o direito ambiental ser considerado um bem indisponível no âmbito interno do Brasil - já que segundo nossa própria legislação, tais direitos são de interesses de todos e pertencem à coletividade - no plano internacional, a ótica é totalmente a oposta. O Brasil aceita e adere à aplicação da

⁷²⁶ Brasil. DECRETO Nº 99.165, de 12 de março de 1990.

⁷²⁷ Brasil. DECRETO Nº 75.963, de 11 de julho de 1975.

⁷²⁸ Brasil. DECRETO Nº 99.280, de 6 de junho de 1990.

⁷²⁹ Brasil. DECRETO Nº 2.652, de 1º de julho de 1998.

⁷³⁰ COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017. p. 22.

arbitragem para dirimir conflitos ambientais, inclusive com a incorporação na ordem interna de algumas convenções neste sentido.

A partir de tais considerações, a pergunta que deve ser feita é a seguinte: se na prática adotamos e incorporamos tratados e convenções que permitem o uso do arbitramento para solução de disputas envolvendo questões ambientais, porque ainda continuamos propagando um discurso arcaico de que litígios ambientais não podem ser resolvidos mediante arbitragem diante de sua natureza indisponível?

Brilantemente, Paulo Bessa Antunes⁷³¹ explica que para compreender acerca da disponibilidade ou não do direito ambiental, é necessário identificar, primeiramente, com qual tipo de bem se está lidando: microbem ou macrobem. O direito ambiental relacionado ao macrobem é imaterial e incorpóreo, além de ser:

(...) concebido como sustentabilidade de leis, interações e influências de ordem física, química e lógica, de fato, não é algo que se possa concretizar em um objeto palpável, devido simplesmente aos sentidos humanos. (...) Nesses termos não é correto afirmar que o macrobem se refere aos indivíduos arbóreos da Floresta Amazônica, ou ao volume de água do Rio Amazonas, ou ainda, as milhares de espécies de animais que ali convivem⁷³².

Para o Il. Bernardo Lima⁷³³ o microbem seria:

(...) o aproveitamento particular das qualidades que oferece ao ser humano. Trata-se de bem corpóreo, materializado, o qual apesar de poder servir a um patrimônio privado, desempenha, simultaneamente, uma função ecológica, contribuindo com a estabilidade ambiental, conteúdo do direito ambiental difuso.

Também é válida a distinção firmada em recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça entre os dois sistemas, no qual restou consignado que o macrobem é meio ambiente como um todo, em toda sua harmonia global e equilíbrio ecológico, enquanto que o microbem está relacionado a elementos ambientais considerados de forma isolada, como a fauna, a flora e a água (REsp 1.711.009).

Na realidade, acontece que existe uma confusão comumente feita sobre as convergências e diferenças desses dois conceitos, mas, conforme ressaltado, embora ambos estejam relacionados aos direitos difusos, possuem contradições

⁷³¹ ANTUNES, P. D. B. “Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem”. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 04.

⁷³² ANTUNES, P. D. B. “Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem”. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 04.

⁷³³ LIMA, B. “A arbitralidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 130.

significativas de modo, inclusive, a possibilitar o uso de arbitragem em uma delas. Veja-se:

Não há que se falar no direito de disposição quanto à atmosfera limpa, da mesma forma como não há que se falar no direito de disposição quanto à limpeza da água do mar. Contudo e contraditoriamente, quando se está diante de questões diretamente envolvendo o chamado macrobem ambiental, tanto mais se torna característica a negociação e a disponibilidade dos direitos ambientais⁷³⁴.

Portanto, em que pese a discussão sobre a possibilidade de arbitramento recair sobre a indisponibilidade dos bens ambientais, a realidade é outra: se vê uma total incongruência entre a ordem pública interna - negando o uso da arbitragem para solução de conflitos desta natureza - e a ordem pública internacional - na qual o Brasil internalizou diversos tratados sobre o tema.

Na verdade, faz-se resistência à aplicação da arbitragem dentro do direito ambiental pátrio porque este modelo alternativo ainda é visto com bastante desconfiança pela doutrina e pelo ordenamento jurídico interno, mormente sobre a competência do árbitro no julgamento das questões atinentes à disponibilidade do direito ambiental, mesmo sendo a via arbitral uma possibilidade jurídica que pode tornar o Direito Ambiental menos oneroso e mais efetivo. A questão não enfrenta idêntica resistência na União Europeia, onde já se entendeu que a arbitragem do dano ambiental é o melhor caminho a ser seguido.

Deste modo, entendemos que, de fato, é indispensável que o direito ambiental possua mecanismos para sua proteção e defesa, tendo em vista a sua importância, todavia, limitá-lo à uma resposta negativa e absoluta quanto à utilização da arbitragem em eventuais conflitos, seria negá-lo uma resposta mais célere e eficiente, eis que a via arbitral possui enormes vantagens sobre a tradicional ação judicial. Isso sem considerar que não se pode ter um direito indisponível no plano nacional e disponível no plano internacional, mormente quando a teoria dos direitos indisponíveis se encontra em iminente processo de mitigação no contexto atual.

⁷³⁴ ANTUNES. P. D. B. "Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem". Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011. p. 04.

4. Dos Casos Concretos que demonstram a Possibilidade de Arbitragem no Dano Ambiental

De acordo com Lima⁷³⁵, o mundo vive um momento único em que as matérias tidas tradicionalmente como não arbitráveis começam a demandar uma necessidade quase que imediata de utilização de métodos de resolução de conflitos alternativos, que segundo o Autor é um fenômeno conhecido como “arbitrabilização”. Este evento é tão intenso que não só é vivido no cenário internacional, mas também no Brasil que apresenta casos de arbitrabilidade de matéria ambiental que serão neste tópico melhor analisados.

Um exemplo necessário e significativo foi o Termo de Compromisso firmado, em virtude de um procedimento arbitral, entre a montadora de automóveis FIAT, a Secretaria do Meio Ambiente do Estado de São Paulo e o Ministério Público, cuja discussão envolveu a adequação do procedimento realizado na Montadora às normas de emissão de gases na atmosfera. Bernardo Lima⁷³⁶ acredita que este processo arbitral ultrapassou os limites dispostos na Lei de Arbitragem sobre a disponibilidade dos bens envolvidos e, então, seria um dos melhores casos para ilustrar o início da jurisprudência brasileira acerca da arbitrabilidade de direitos ambientais.

Em 2002, também teve o debate de um caso importante. O Tribunal Arbitral *ad hoc* do Mercosul, em uma discussão sobre a utilização e importação de pneumáticos remoldados - questão puramente ambiental e ecológica - reconheceu a possibilidade do Brasil importar esses pneus de outros Estados-Partes do Mercosul, levando, inclusive, à edição da Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002⁷³⁷, incorporada no ordenamento jurídico brasileiro⁷³⁸.

Como pode se vê, no Brasil não existem muitos casos concretos que evidenciem - talvez ainda de forma tímida, mas crescente - que a arbitragem começa a trilhar seus passos em direção ao direito ambiental. Isso em razão do posicionamento da doutrina tradicional e a própria legislação que não prevê, expressamente, tal possibilidade, acarretando, então, uma resistência ao uso do instrumento nos conflitos ambientais. Contudo, no cenário internacional, este entendimento se

⁷³⁵ LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 103.

⁷³⁶ LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 114.

⁷³⁷ BRASIL. Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002.

⁷³⁸ COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017. p. 22/23.

encontra mais avançado, o que nos permite sintetizar aqui alguns casos que merecem destaque e atenção.

O primeiro deles é um procedimento arbitral que envolveu questão de direito ambiental e cujas partes foram os Estados Unidos da América e a Methanex Corporation, que aplicava o regulamento da UNCITRAL, e alguns organizações ambientais. A discussão teve como principal questão a proibição feita pelo Estado da Califórnia do uso de um aditivo a gasolina (o metanol) que era, recorrentemente, fabricado pela Empresa. O processo foi realizado via arbitramento para resolver os conflitos indenizatórios e pecuniários, mas as questões ambientais também foram submetidas à arbitragem⁷³⁹.

No direito comparado peruano, a Lei de Arbitragem n.º. 26.572/1996⁷⁴⁰ prevê a possibilidade de arbitrabilidade de controvérsias cujas partes possam livremente dispor, e, ainda, aquelas relativas a matéria ambiental, tendo o Conselho Nacional do Ambiente a responsabilidade de ser o Órgão organizador e fiscalizar deste procedimento. Ato contínuo, houve a edição do Decreto Supremo n.º. 022-2001-PCM/2001 que completou algumas disposições da anterior, levando à elaboração do Decreto Legislativo 1.071, transferido ao Executivo pela Lei 29.157 que, infelizmente, não mais faz menção ao arbitramento ambiental. Por fim, vale destacar a importância da Lei Geral do Ambiente (Lei 28.611/2002) que aduz, expressamente, a possibilidade de pretensões ambientais serem submetidas à arbitragem⁷⁴¹.

No Direito Comparado de Portugal, existem decretos que prevêem a utilização da arbitragem para solucionar eventuais conflitos oriundos de questões ambientais, como o Decreto-Lei 109/94, SÉRIE I-A, de 26 de abril, que traz algumas diretrizes sobre a pesquisa e exploração petrolífera.

No âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), fundada em 1 de janeiro de 1995, com a assinatura do Acordo de Marraquexe, em substituição ao antigo e arcaico Acordo Geral de Tarifas e Comércio, a matéria ambiental é:

é objeto de conflitos internacionais do comércio, em razão da relação entre proteção ambiental e economia. Em outras palavras, nos conflitos decorrentes das exigências normativas ambientais que afetam o comércio, o juízo arbitral poderia ser utilizado para dirimir a controvérsia⁷⁴².

⁷³⁹ ABOIM, L. C. CLAY, T. “Arbitragem e Meio Ambiente”. RBAr N.º 4, 2004, p. 12.

⁷⁴⁰ PERU. Lei de Arbitragem n.º. 26.572/1996 de 03 de janeiro de 1996.

⁷⁴¹ LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”, 1ª Edição, São Paulo, Brasil, 2010. p. 107.

⁷⁴² COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017. p. 23.

Por fim, como o objetivo aqui é colacionar alguns casos concretos que demonstram que a arbitralidade do dano ambiental já é uma realidade em muitos lugares, inclusive na prática forense do Brasil, e não esgotar o tema; pretende-se, por fim, trazer o exemplo da criação da Corte Internacional de Arbitragem Ambiental. Esta organização tem o apoio das Nações Unidas e tem como objetivo emitir “pareceres consultivos sobre questões de Direito Ambiental ou sobre aspectos legais na utilização de elementos ou na proteção do ambiente”⁷⁴³.

Logo, diante de tudo que até aqui foi exposto, se extrai que a arbitragem - embora ainda encontre bastante resistência em questões consideradas “indisponíveis” como os conflitos relacionados ao meio ambiente - não é um fenômeno recente. A experiência internacional demonstra que a via arbitral é um meio comum e eficiente para resolução de disputas envolvendo bens ambientais e isso acontece, exponencialmente, em razão da aproximação entre ela e o Direito Ambiental. Assim, surgem na prática inúmeras situações fáticas e/ou legislativas onde se vê a adoção deste instrumento, possibilitando, então, o surgimento de precedentes que influenciarão, de fato, o posicionamento brasileiro sobre a arbitralidade do dano ambiental.

CONCLUSÃO

Portanto, diante do que foi exposto neste presente estudo, bem verdade é que as questões ambientais ganham contornos cada vez mais significativas no cenário internacional, isto é, crescem os desastres ambientais, os problemas atinentes aos mais diferentes tipos de ecossistemas, os conflitos oriundos desses recursos - seja entre empresas ou até mesmo entre Estado - e do outro lado, nada muda - ou se muda, com certeza é para pior - o modelo tradicional de julgamento desses casos que através de processo movido no Poder Judiciário não consegue acompanhar a complexidade que essas demandas envolvem.

Neste diapasão, é trazido ao debate, a possibilidade de utilização da arbitragem como meio alternativo à solução de disputas atinentes a danos ambientais. Fato é que a ideia apesar de ser excelente carrega uma série de empecilhos à sua consecução, isso porque, essencialmente, os direitos ambientais são considerados

⁷⁴³ COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017. p. 23.

bens indisponíveis, o que contraria a principal regra da Lei de Arbitragem: a disponibilidade do bem envolvido a patrimonialidade dele.

Ocorre que conforme foi ressaltado, para além das diferenciações que existem no próprio conceito de direito ambiental (microbens e macrobens, por exemplo), se vê que a teoria da indisponibilidade - assim como qualquer outra e qualquer direito fundamental - não é absoluta e pode ser mitigada em determinados casos. Baseando-se nisso e considerando ainda que a indisponibilidade não pode ser um obstáculo, por si só, para a aplicação da arbitragem, deve-se prezar pela utilização de um instrumento que possa restabelecer *o status a quo* do local afetado com mais celeridade e eficiência.

Quanto às questões da indisponibilidade e legitimidade processual, tudo poderia ser facilmente resolvido com uma alteração legislativa que modificasse o conteúdo das regras e diretrizes que fixam os entendimentos acerca de meio ambiente e arbitragem, como, inclusive, já aconteceu em outros países, como o Peru.

Para além disso, também se verifica uma total incongruência entre o que o Brasil adota na teoria e o que se vê na prática forense brasileira com a incorporação dos tratados e convenções internacionais no ordenamento interno que, constantemente, prevêem a aplicação da via arbitral em eventuais conflitos ambientais que possam surgir decorrentes daquela avença. Todavia, diferentemente do que ocorre no Brasil, é possível observar que no cenário internacional, diversos países apostam no uso da arbitragem para dirimir as questões atinentes aos danos ambientais causados, permitindo com que esses Estados apresentem respostas bem mais adequadas do que as nossas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABOIM, L. C.; CLAY, T. “Arbitragem e Meio Ambiente”. RBAr N° 4, 2004, p. 32/43.

ANTUNES, L. F. C. “Poluição industrial e dano ambiental: as novas afinidades eletivas da responsabilidade civil”. Coimbra, v. 67, 1991.

ANTUNES, P. D. B. “Direito ambiental, indisponibilidade de direitos, solução alternativa de conflitos e arbitragem”. Revista de Arbitragem e Mediação, vol. 30, 2011, p. 103-135.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. ADI3.540-MC/DF. Relator: ministro Celso de Mello. Acórdão Publicado no Diário da Justiça da União, em 1o de set. de 2005.

BRASIL, Código de Defesa do Consumidor, lei nº 8078, de 11 de setembro de 1990.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de outubro de 1988.

BRASIL, Decreto-lei nº 99.165, de 12 de março de 1990. Promulga a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.519, de 16 de março de 1998. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 05 de junho de 1992.

BRASIL, Decreto-lei nº 2.652, de 1º de julho de 1988. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992.

BRASIL, Decreto-lei nº 75.963, de 11 de julho de 1975. Promulga o Tratado da Antártida.

BRASIL, Decreto-lei nº 99.280, de 6 de junho de 1990. Promulgação da Convenção de Viena para a Proteção da Camada de Ozônio e do Protocolo de Montreal sobre Substâncias que Destroem a Camada de Ozônio.

BRASIL, Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. (Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010).

BRASIL, Lei de ação civil pública 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.

BRASIL, Lei de arbitragem nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem.

BRASIL, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios.

BRASIL, Lei nº 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.

BRASIL. Portaria Secex 2, de 8 de março de 2002.

CARMONA, C. A. “A arbitragem no processo civil brasileiro”. São Paulo, 1993.

COLOMBO, S. R. B. FREITAS, VLADIMIR, P. D. “Arbitragem ambiental, condições e limitações para sua utilização no âmbito do Direito brasileiro. The arbitration as instrument of solutions of environmental conflicts: conditions and

limitations to use in the inside scope”. Revista de Direito Ambiental e sociedade, v. 7, n. 2, 2017, p. 7-27.

FRANGETTO, F. W. “Arbitragem ambiental: solução de conflitos (r)estrita ao âmbito internacional”. São Paulo, 2006.

LEITE, J. R. M. “Dano ambiental: do individual ao coletivo, extrapatrimonial”. São Paulo, RT, 2003.

LIMA, B. “A arbitrabilidade do dano ambiental”. 1ª Edição, São Paulo, 2010.

MILARÉ, E.. “Direito do ambiente – A gestão ambiental em foco”. 5ª Edição. São Paulo, 2007.

PERU. Lei de Arbitragem n°. 26.572/1996 de 03 de janeiro de 1996.

APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NOS CRIMES AMBIENTAIS NAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

SILVA, Livia Maria da Costa

Professora Doutora do Departamento de Engenharia Agrícola e Ambiental da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Graduanda em Direito pela UFF, Niterói, Brasil
liviamaria@id.uff.br

RIBEIRO, Gabriel Pinto

Advogado e Pós-graduado em Direito Processual Civil Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil
ribeiroadv@gmail.com

LOPES FILHO, Ozéas Corrêa

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil
olopes@id.uff.br

RESUMO

Na legislação ambiental brasileira, a descrição dos tipos penais alcança grande amplitude, atingindo condutas insignificantes, provavelmente, pelo fato do Direito Ambiental tutelar um bem jurídico difuso de coletividade, como conforme preleciona o texto constitucional. Por conta disso, a tipicidade penal não deve se reduzir a tipicidade formal (legal), sendo necessário, analisar, no caso concreto, a ocorrência da tipicidade material e da antinormatividade, relacionada a real afetação ao bem jurídico tutelado. Neste contexto, nos crimes ambientais, não está pacificada a discussão quanto à incidência do Princípio da Insignificância. Nessa conjuntura, o presente trabalho visa analisar criticamente os últimos julgados, em sede do STF, a fim de discutir a possibilidade de seletividade na aplicação do princípio nos casos concretos.

Palavras-chave: Direito Penal Ambiental; crimes ambientais; aplicação jurisprudencial; Princípio da Insignificância; subjetividade.

RESÚMEN

En la legislación ambiental brasileña, la descripción de los tipos penales alcanza gran amplitud, alcanzando conductas insignificantes, probablemente, por el hecho del Derecho Ambiental tutelar un bien jurídico difuso de la colectividad, como

conforme prelecciona el texto constitucional. Por lo tanto, la tipicidad penal no debe reducirse a la tipicidad formal (legal), siendo necesario, analizar, en el caso concreto, la ocurrencia de la tipicidad material y de la antinormatividad, relacionada con la real afectación al bien jurídico tutelado. En este contexto, en los crímenes ambientales, no está pacificada la discusión sobre la incidencia del Principio de la Insignificación. En esta coyuntura, el presente trabajo busca analizar críticamente los últimos juzgados, en sede del STF, a fin de discutir la posibilidad de selectividad en la aplicación del principio en los casos concretos.

Palabras clave: Derecho Penal Ambiental; crímenes ambientales; aplicación jurisprudencial; Principio de la Insignificación; subjetividad.

ABSTRACT

In Brazilian environmental legislation, the description of the criminal types reaches a large extent, reaching insignificant behaviors, probably due to the fact that Environmental Law protects a diffuse legal good of the collectivity, as prescribed in the constitutional text. Because of this, criminal typicity should not be reduced to a formal (legal) nature, and it is necessary to analyze, in the specific case, the occurrence of materiality and anti-normativity, related to actual affectation of the protected legal interest. In this context, in environmental crimes, the discussion on the incidence of the Principle of Insignificance is not pacified. In this context, the present work aims to critically analyze the last judges, in the seat of the Federal Supreme Court (STF), in order to discuss the possibility of selectivity in the application of the principle in concrete cases.

Keywords: Environmental Criminal Law; environmental crimes; jurisprudential application; Principle of Insignificance; subjectivity.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. Responsabilidade Ambiental Penal; 2. Princípio da Insignificância; Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes ambientais em sede do STF; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

A temática de meio ambiente é um tanto quanto complexa, sendo uma área de estudos interdisciplinar. Para Paulo de Bessa Antunes⁷⁴⁴, a definição de

⁷⁴⁴ ANTUNES, P. B., “Direito Ambiental”, 12. ed. refor., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009, pp. 19.

meio ambiente é extremamente ampla, trazendo o legislador um conceito jurídico indeterminado, a fim de criar um espaço positivo de incidência da norma.

Trata-se de uma área do Direito autônoma, sendo regida pelos seus próprios princípios elencados no art. 225 da Constituição Federal de 1998⁷⁴⁵. Por intermédio da interpretação constitucional, o meio ambiente elevado à categoria de direito fundamental, evidenciando a responsabilidade penal do infrator, com fulcro no art. 225, §3º da Constituição⁷⁴⁶.

O Brasil, sendo um Estado Democrático de Direito, a intervenção penal encontra limites nos direitos e garantias fundamentais constitucionais. No ordenamento jurídico ambiental brasileiro, até o advento da Lei nº 9.605/98, conhecida como a Lei dos Crimes Ambientais, o direito ambiental penal era abordado de maneira esparsa na legislação.

Segundo ensinamentos de Milaré⁷⁴⁷, a aludida lei é altamente incriminadora, que contrariando os princípios penais de intervenção mínima e da insignificância, elevou uma grande parte de condutas que não deveriam ser consideradas mais do que simples infrações administrativas ou contravenções penais.

Nesta conjuntura, o presente trabalho visou analisar de forma crítica a aplicação do Princípio da Insignificância em sede do Supremo Tribunal Federal (STF). Para isso, uma triagem no banco de decisões do STF foi realizada, com as palavras-chave: insignificância e meio ambiente; insignificância e ambiental; e insignificância e crime ambiental. Ademais, juristas e doutrinadores das áreas de Direito Ambiental, Édís Milaré e Antonio Herman de Vasconcellos e Benjamin, e do Direito Penal, Claus Roxin, Zaffaroni e Rogério Greco foram consultados.

II. DESENVOLVIMENTO

1. Responsabilidade Ambiental Penal.

Nas acertadas palavras de Milaré, a devastação ambiental é “um fenômeno que acompanha o homem desde os primórdios de sua história. Apenas a

⁷⁴⁵ FIORILLO, C. A. P., “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, 10. ed. rev., atual. e ampl. - Saraiva, São Paulo, 2009, pp. 19.

⁷⁴⁶ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. [08-06-2019].

⁷⁴⁷ MILARÉ, É. “Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário”, 5. ed. rev., ref., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 917.

percepção jurídica desse fenômeno - até como consequência de um bem jurídico novo denominado 'meio ambiente' - é que é recente.”⁷⁴⁸

Apesar de não positivado, o conceito de dano ambiental é um pressuposto indispensável para a teoria jurídica da responsabilidade⁷⁴⁹ ambiental. Para Milaré⁷⁵⁰, dano ambiental é “a lesão dos recursos ambientais⁷⁵¹, com consequente degradação do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida.”

O art. 14, §1º da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981 (Política Nacional de Meio Ambiente)⁷⁵², além do texto constitucional, em seu art. 225, §3º, distinguem as três esferas (civil, administrativa e penal) de responsabilização do infrator. Vale ressaltar, no entanto, que as referidas esferas são autônomas, podendo, portanto, serem aplicadas conjuntamente, não caracterizando o fenômeno de *bis in idem*.

Na esfera penal, a norma constitucional foi regulamentada pela Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, conhecida como Lei de Crimes Ambientais⁷⁵³. Por meio da análise da referida lei, observa-se a utilização do Direito Penal como meio de controle de possíveis danos ambientais, visto que tipifica uma série de crimes de perigo abstrato.

Nas palavras de Ulysses Monteiro Molitor, tem-se:

O Direito Ambiental Constitucional apresenta duas vertentes: por um lado, o efeito negativo, no sentido de não se destruir o meio ambiente, devendo-se sempre buscar a sua preservação; e de outro, o dever positivo de atuação perante outras pessoas, físicas ou jurídicas (de direito público ou privado), para que se abstenham em favor do meio ambiente, surgindo o Direito

⁷⁴⁸ MILARÉ, É., “Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário”, 2. ed. rev., ampl. e atualiz. RT, São Paulo, 2001, p. 23.

⁷⁴⁹ A palavra responsabilidade deriva etimologicamente de responsável, que se origina do latim *responsus*, do verbo *respondere* (responder, pagar).

⁷⁵⁰ MILARÉ, É., “Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário”, 2. ed. rev., ampl. e atualiz. RT, São Paulo, 2001. p. 427-428.

⁷⁵¹ Os recursos ambientais são definidos no art. 3º, V da Lei nº 6.938/81, como sendo: *a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.*

⁷⁵² BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br [11-06-2019]

⁷⁵³ BRASIL. Lei 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. Disponível em www.planalto.gov.br [12-06-2019]

Penal como um instrumento coercitivo frente à ineficácia de outros meios de proteção ambiental.⁷⁵⁴

É oportuno dizer que as regras previstas na referida lei são específicas e prevalecem sobre as regras gerais do Código Penal e do Código de Processo Penal, com força do Princípio da Especialidade. No entanto, em caso de omissão da Lei de Crimes Ambientais, serão aplicados subsidiariamente os referidos Códigos Penais e a Lei nº 9.099/95.

No que tange à responsabilização penal das pessoas físicas, tem o art. 2º da Lei nº 9.605/98:

Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la. (grifo meu)⁷⁵⁵

Destaca-se que, ao contrário do que ocorre na responsabilidade civil, a responsabilidade ambiental penal é subjetiva. Portanto, torna-se imprescindível a comprovação do elemento subjetivo da conduta do agente: dolo ou culpa. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), como pode ser visualizado no julgamento do HC 86.259-MG, de relatoria do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, a saber:

(...) 3. Colhe-se dos autos, especialmente das peças do Inquérito Policial, que a conduta não teria sido perpetrada diretamente pelo paciente, mas por um caseiro, que trabalha e reside no local, tanto que o Parquet aduziu que a responsabilidade do acusado derivaria da sua condição de proprietário do sítio (art. 2º da Lei 9.605/98); entretanto, ainda nessa hipótese, mostrava-se indispensável que se declinasse qual a atitude ou a conduta que teria concorrido para o dano, de forma direta ou indireta, sendo vedada a imputação tão somente pela relação com a coisa (possuidor, proprietário, gerente, etc). (grifo meu)⁷⁵⁶

⁷⁵⁴MOLITOR, U. M., 'A *ratio* do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil'. Revista IMES – Direito, ano 8, nº 13, jul/dez. 2007, pp. 13.

⁷⁵⁵BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. *Idem*.

⁷⁵⁶BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) HC: 86259 MG 2007/0154492-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 10/06/2008, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 18/08/2008. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

No que tange à responsabilização penal das pessoas jurídicas, tem o art. 3º da Lei nº 9.605/98:

Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.⁷⁵⁷

O Brasil foi um dos primeiros países da América Latina a estabelecer a teoria da responsabilização criminal da pessoa jurídica. No entanto, é oportuno comentar que essa temática ainda é controversa no âmbito doutrinário, havendo três correntes doutrinárias.

A primeira acredita não haver previsão constitucional da responsabilização penal da pessoa jurídica. A segunda expõe que a pessoa jurídica não pode cometer crimes, conforme o clássico princípio *societas delinquere non potest*.

A terceira defende que a pessoa jurídica pode cometer crimes. Esse é o entendimento da análise da literalidade textual do art. 225, § 3º da Constituição Federal e do art. 3º da Lei de Crimes Ambientais.

Sirvinskaskas⁷⁵⁸ entende que “foi um grande avanço a responsabilização da pessoa jurídica nos crimes ambientais, salientando que a tendência do Direito Penal moderno é romper com o clássico princípio *societas delinquere non potest*, o qual estabelece que somente os indivíduos podem cometer crimes.”

Os debates e embates relacionados a temática aguardavam o momento em que esta seria enfrentada nos Tribunais superiores. Em 2005, foi julgado o REsp 564.960-SC⁷⁵⁹, que se tornou verdadeiro *leading case* no assunto.

Traz-se aqui a ementa do Resp 610.114-RN⁷⁶⁰ que foi julgado pelo mesmo relator, Ministro Gilson Dipp, e no mesmo ano do recurso supracitado:

CRIMINAL. RESP. CRIME AMBIENTAL PRATICADO POR PESSOA JURÍDICA. RESPONSABILIZAÇÃO PENAL DO ENTE COLETIVO. POSSIBILIDADE. PREVISÃO CONSTITUCIONAL REGULAMENTADA POR LEI FEDERAL. OPÇÃO POLÍTICA DO

⁷⁵⁷ BRASIL. Lei 9.605 de 12 de fevereiro de 1998. *Idem*.

⁷⁵⁸SIRVINSKASKAS, L. P., “Questões polêmicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais”, Boletim IBCCrim nº 65, abril 1998., pp. 8.

⁷⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJu 13/06/2005 Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

⁷⁶⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp: 610.114 RN 2003/0210087-0, Rel. Min. Gilson Dipp, Data de Julgamento: 17/11/2005, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/12/2005. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

LEGISLADOR. FORMA DE PREVENÇÃO DE DANOS AO MEIO-AMBIENTE. CAPACIDADE DE AÇÃO. EXISTÊNCIA JURÍDICA. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. CULPABILIDADE COMO RESPONSABILIDADE SOCIAL. CO-RESPONSABILIDADE. PENAS ADAPTADAS À NATUREZA JURÍDICA DO ENTE COLETIVO. ACUSAÇÃO ISOLADA DO ENTE COLETIVO. IMPOSSIBILIDADE. ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES EM NOME E PROVEITO DA PESSOA JURÍDICA. DEMONSTRAÇÃO NECESSÁRIA. DENÚNCIA INEPTA. RECURSO DESPROVIDO.

I. A Lei ambiental, regulamentando preceito constitucional, passou a prever, de forma inequívoca, a possibilidade de penalização criminal das pessoas jurídicas por danos ao meio-ambiente.

III. A responsabilização penal da pessoa jurídica pela prática de delitos ambientais advém de uma escolha política, como forma não apenas de punição das condutas lesivas ao meio-ambiente, mas como forma mesmo de prevenção geral e especial.

IV. A imputação penal às pessoas jurídicas encontra barreiras na suposta incapacidade de praticarem uma ação de relevância penal, de serem culpáveis e de sofrerem penalidades.

V. Se a pessoa jurídica tem existência própria no ordenamento jurídico e pratica atos no meio social através da atuação de seus administradores, poderá vir a praticar condutas típicas e, portanto, ser passível de responsabilização penal.

VI. A culpabilidade, no conceito moderno, é a responsabilidade social, e a culpabilidade da pessoa jurídica, neste contexto, limita-se à vontade do seu administrador ao agir em seu nome e proveito.

VII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

VIII. "De qualquer modo, a pessoa jurídica deve ser beneficiária direta ou indiretamente pela conduta praticada por decisão do seu representante legal ou contratual ou de seu órgão colegiado."

(...)

XI. Há legitimidade da pessoa jurídica para figurar no pólo passivo da relação processual-penal.

(...)

XIII. A pessoa jurídica só pode ser responsabilizada quando houver intervenção de uma pessoa física, que atua em nome e em benefício do ente moral.

XIV. A atuação do colegiado em nome e proveito da pessoa jurídica é a própria vontade da empresa.

Portanto, a pessoa jurídica só pode ser responsabilizada se a infração tiver sido cometida no interesse ou benefício da entidade e por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado.

Destaca-se que até 2013, o entendimento do STJ era pela necessidade da chamada teoria da dupla imputação. Ou seja, era inadmissível a denúncia da pessoa jurídica dissociada da pessoa física.

Em 19 de junho de 2013, por meio da publicação do julgamento do RE 548.181-PR, o STF confirmou que “é admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvida as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa⁷⁶¹”. Assim, esse entendimento rechaça a teoria da dupla imputação.

Apesar da decisão não ter caráter vinculante e tampouco ter sido profereida pelo Pleno da Corte Suprema, o STJ adotou o posicionamento do STF e, portanto, mudou seu entendimento, passando a decidir pela desnecessidade da dupla imputação.

2. Princípio da Insignificância

Inicialmente, é importante deixar claro a definição de crime adotada, baseada no conceito analítico, como fato típico, ilícito e culpável. A tipicidade penal, necessária à caracterização do fato típico, divide-se em formal e conglobante.

A primeira é a adequação perfeita da conduta do agente ao tipo (modelo abstrato) previsto na lei penal. A segunda é a análise da antinormatividade da conduta e se o fato é materialmente típico. No julgamento dos crimes, é demandada uma análise que vai além da tipicidade legal, importando a real afetação ao bem jurídico tutelado conforme a teoria criada por Claus Roxin.⁷⁶²

A aplicabilidade do Princípio da Insignificância reside na segunda vertente da tipicidade material da tipicidade conglobante. No entanto, vale deixar registrado que há uma corrente mais radical da doutrina que, havendo previsão legal, entende que todo e qualquer bem merece a proteção do Direito Penal, não havendo possibilidade de aplicação do referido princípio.⁷⁶³

Para Roxin⁷⁶⁴, o Princípio da Insignificância, critério proposto em 1964, é “un principio de validez general para la determinación del injusto”. Assim, trata-se de um critério interpretativo do desvalor do resultado jurídico.

⁷⁶¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), R.E 548.181, 1ª Turma, Min. Rel. Rosa Weber, DJu 30/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁶² ROXIN, C., “Política criminal y sistema del derecho penal”, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2 ed. 1 reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

⁷⁶³ GRECO, R., “Curso de Direito Penal”, 11. ed., Impetrus, Rio de Janeiro, 2009.

⁷⁶⁴ ROXIN, C., “Política criminal y sistema del derecho penal”, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2 ed. 1 reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2002, pp. 73-74.

Nesta conjuntura, Carlos Vico Mañas, entende que:

Ao realizar o trabalho de redação do tipo penal, o legislador apenas tem em mente os prejuízos relevantes que o comportamento incriminado possa causar à ordem jurídica e social. Todavia, não dispõe de meios para evitar que também sejam alcançados os casos leves. O princípio da insignificância surge justamente para evitar situações dessa espécie, atuando como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal, com o significado sistemático e político-criminal de expressão da regra constitucional do *nullum crimen sine lege*, que nada mais fez do que revelar a natureza subsidiária e fragmentária do direito penal. No que diz respeito à origem, pode-se afirmar que o princípio já vigorava no direito romano, pois o pretor, em regra geral, não se ocupava de causas ou delitos insignificantes, seguindo a máxima contida no brocardo *minimis non curat pretor*.⁷⁶⁵

E continua:

Ademais, ao parâmetro da nocividade social, para precisar a global insignificância da conduta, devem ser acrescidos os critérios do desvalor da ação, do resultado e do grau de lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido pelo tipo penal. Deve-se considerar, ainda, uma antecipada medida da pena, analisando-se a necessidade de sua imposição, já que poderá não redundar em qualquer benefício para a sociedade ou para o próprio autor do delito. Nem toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico (desvalor do resultado) é ilícita, mas apenas aquela que deriva de uma ação desaprovada pelo ordenamento jurídico (desvalor da ação). O direito penal, por imperativo do princípio da intervenção mínima, não sanciona toda lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico, mas só aquelas que produzam graves conseqüências e resultem de ações especialmente intoleráveis. Assim, o desvalor do evento deve ser considerado de acordo com a importância dos vários bens jurídicos protegidos penalmente e da intensidade da ofensa ocorrida. O desvalor da ação, por sua vez, deve ser analisado segundo o grau de probabilidade da conduta para a realização do evento.⁷⁶⁶

Para Rogério Greco, “o Direito Penal deve, portanto, interferir o menos possível na vida em sociedade, devendo ser solicitado somente quando os demais ramos do Direito, comprovadamente, não forem capazes de proteger aqueles bens considerados da maior importância”.⁷⁶⁷

⁷⁶⁵ MAÑAS, C. V., “O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal”, Saraiva, São Paulo, 1994, pp. 56.

⁷⁶⁶ MAÑAS, C. V., “O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal”, cit., pp. 60-61.

⁷⁶⁷ GRECO, R., “Curso de Direito Penal”, 11. ed., Impetrus, Rio de Janeiro, 2009, pp. 49.

No ordenamento brasileiro, não há previsão legal que permita a aplicação do referido Princípio, acarretando uma discricionariedade da sua aplicação ao caso concreto, o que pode gerar uma aparente insegurança jurídica. No entanto, há jurisprudência da sua aplicação desde a década de 1980, no julgado pelo STF de RHC 66.869-PR, de relatoria do Ministro Aldir Passarinho.

21. Alguns casos mais antigos tangenciaram o tema. Julgado em 06.12.1988, o RHC 66.869, Rel. Min. Aldir Passarinho, é apontado como sendo o primeiro caso em que o STF reconheceu o princípio da insignificância (lesão corporal em acidente de trânsito). Apesar disso, é possível encontrar antecedentes ainda mais remotos, em que a irrelevância penal dos fatos em questão foi utilizada como argumento para a concessão de ordens de *habeas corpus*. No único acórdão do Plenário sobre o tema (HC 39.289, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 08.08.1962), discutiu-se o furto de “sete metros de pano cru”, tendo sido a ordem concedida por ausência de dolo. Em casos julgados em 09.03.1970 (RHC 47.694, Rel. Min. Thompson Flores) e 15.12.1970 (HC 48.370, Rel. Min. Djaci Falcão), os pacientes foram beneficiados por decisões que reconheceram a atipicidade do porte de pequenas quantidades de maconha para consumo pessoal, uma vez que as condutas ocorreram antes do advento do Decreto-Lei no 385/1968. (grifo meu)⁷⁶⁸

Segundo o STF, esse Princípio consiste em afastar a própria tipicidade penal da conduta, ou seja, o ato praticado não é considerado crime, o que resulta na absolvição do réu e, para sua aplicação devem ser preenchidos os quatro critérios cumulativamente: a mínima ofensividade da conduta do agente; nenhuma periculosidade social da ação; o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento; e a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Esses critérios foram utilizados pelo Ministro Ayres Britto no Informativo 644 do STF.⁷⁶⁹

No Direito Penal Ambiental brasileiro, a descrição dos tipos penais ambientais alcança uma amplitude maior que a necessária, atingindo condutas insignificantes. No entanto, “o princípio da insignificância não encontra fácil aplicabilidade em matéria ambiental, haja vista que se trata de um bem jurídico difuso, e o

⁷⁶⁷ ROXIN, C., “Política criminal y sistema del derecho penal”, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2 ed. 1 reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

⁷⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 123.533/SP. Pleno. Min. Roberto Barroso. DJu, 03/08/2015. Ementa: penal. Princípio da Insignificância. Crime de Furto Tentado. Reincidência. Concurso de Agentes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Informativo STF nº. 644 de 10 a 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo644.htm> [14-06-2019]

dano, cuja relevância não pode ser mensurada, lesiona o ecossistema, atingindo toda uma coletividade”⁷⁷⁰.

Em relação a aplicabilidade do Princípio, Édis Milaré preleciona sobre a necessidade de parcimônia do julgador:

No campo do Direito Penal Ambiental, tal princípio deve ser aplicado com parcimônia, uma vez que não basta a análise isolada do comportamento do agente, como medida para se avaliar a extensão da lesão produzida; é preciso levar em consideração os efeitos dos poluentes que são lançados artificialmente sobre os recursos naturais e suas propriedades cumulativas e sinérgicas.⁷⁷¹

Para uma corrente doutrinária e jurisprudencial relevante, não cabe se cogitar da insignificância jurídica no contexto do Direito Ambiental, pois a ofensa ao bem tutelado não se mede por critérios quantitativos, visto que a potencialidade do ato atinge diretamente a higidez do sistema cuja preservação é protegida pelo poder público para as futuras gerações (Princípio da Preservação e Pacto Intergeracional). Portanto, o uso do Princípio da Bagatela em sede de crimes contra o meio ambiente poderia dificultar o caráter preventivo da tutela penal ambiental.

Nesse diapasão, a título de exemplo, é trazido parte da ementa do RESE 3.482, no Tribunal Federal da 3ª Região, com relatoria da Desembargadora Vesna Kolmar, em 2012:

O princípio da insignificância é inaplicável aos crimes ambientais, uma vez que o bem jurídico tutelado é essencial à vida e à saúde de todos, de maneira que os possíveis danos ambientais, ainda que aparentem ser de pequena monta, podem causar consequências graves e nem sempre previsíveis.⁷⁷²

O mesmo entendimento pela não aplicabilidade do Princípio é encontrado no seguinte julgado:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CRIME AMBIENTAL.

⁷⁷⁰ BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado (TJMG). Rec em Sentido Estrito 1.0342.12.009502-7/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/02/2014, publicação da súmula em 17/03/2014

⁷⁷¹ MILARÉ, É. “Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário”, 5. ed. rev., ref., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007, pp. 942.

⁷⁷² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) RESI 3.482, Rel. Desembargadora Federal Vesna Kolmar, Disponível em: <http://www.trf3.jus.br> [14-06-2019]

PRINCÍPIO DA INSIGNIFICANCIA. INAPLICABILIDADE. INDISPONIBILIDADE DO BEM TUTELADO.

1. Não há de se falar na possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nos casos que versem sobre a prática, em tese, de crime ambiental praticado em área de preservação permanente, dada a indisponibilidade do bem tutelado. Precedentes desta Corte Regional Federal.

2. Sobre esse tema, já posicionou-se a 3ª Turma deste tribunal: "(...) Inviável, na hipótese, a aplicação do princípio da insignificância na matéria ambiental, pois a biota, conjunto de seres animais e vegetais de uma região, pode se revelar extremamente diversificada, ainda que em nível local. Em pequenas áreas podem existir espécimes só ali encontradas, de forma que determinadas condutas, inicialmente insignificantes, podem conter potencialidade suficiente para causar danos irreparáveis ao meio ambiente (...)" (ACR 2004.34.00.024753- 1/DF).

3. "(...) A complacência no trato de questões ambientais constitui incentivo aos infratores das normas que cuidam da proteção do meio ambiente a persistirem em suas condutas delituosas, gerando, como consequência, a impunidade e desestimulando os Agentes de Fiscalização a cumprirem com suas obrigações (...)" (TRF da 1ª Região, RCCR 2001.43.00.001447-0/TO).

4. Recurso criminal provido para receber a denúncia". (grifo meu)⁷⁷³

No entanto, a Corte do STJ tem entendimento pacificado no sentido de que é possível a aplicação do princípio da insignificância aos delitos ambientais, quando demonstrada a ínfima ofensividade ao bem ambiental tutelado, conforme AgRg no AREsp 105.1541-ES (Rel. Ministro Felix Fischer, DJe 4/12/2017), HC 128.566 (Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 15.6.2011), HC 143.208 (Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 14.6.2010), RHC 39.578 (Rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 19.11.2013) e REsp 1.263.800-AgR (Rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 21.8.2014). É imperioso destacar, contudo, que, conforme AREsp 962.776-AgRg-RS, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, o referido Princípio não pode ser aplicado nos crimes contra a administração ambiental, sob pena de atacar a moral administrativa:

O Superior Tribunal de Justiça entende ser possível a aplicação do princípio da insignificância a determinados casos de crimes praticados contra o meio ambiente. Contudo, o art. 68 da Lei n. 9.605/98 encontra-se dentro da Seção V do citado diploma legal, sendo, portanto, classificado como crime

⁷⁷³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) RSE 2007.34.00.044394-8/DF, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Rel.Acor. Juíza Federal Rosimayre Goncalves De Carvalho, Quarta Turma,e-DJF1 p.302 de 10/02/2009 – grifo. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/boletins/documentos/boletins-2013/boletim-42/Ambiental%20insignificancia%20inaplicabilidade%200360.pdf> [15-06-2019]

contra a administração ambiental, o que torna inaplicável o citado brocardo por ter como finalidade resguardar, também, a moral administrativa.⁷⁷⁴

3. Aplicabilidade do princípio da insignificância nos crimes ambientais em sede do STF

Para analisar como o Princípio da Insignificância tem sido aplicado nos julgamentos de crimes ambientais em sede da Suprema Corte (STF), até o dia 12 de junho de 2019, foram feitas buscas na jurisprudência do aludido Tribunal com as palavras-chave: insignificância e meio ambiente; insignificância e ambiental; e insignificância e crime ambiental. Os processos levantados foram fonte de análise no presente item, os quais se mencionará logo a seguir em ordem cronológica.

Em 2005, em sede da 1ª Turma do STF, o Ministro Carlos Britto, no julgamento do HC 86.249-SP, denegou o *habeas corpus*, por entender que a ausência de tipicidade deve ser evidenciada de plano e não na Corte Constitucional. A Turma indeferiu o pedido por unanimidade.

O crime cometido pela ré está consubstanciado no art. 34 da Lei nº 9.605/98. Na ementa, o relator cita a não insignificância do material apreendido durante a fiscalização pelo órgão ambiental federal: 90 kg de camarão:

HABEAS CORPUS. PESCA DE CAMARÕES DURANTE O PERÍODO DE REPRODUÇÃO DA ESPÉCIE. ALEGAÇÃO DE INSIGNIFICÂNCIA EM FACE DA PEQUENA QUANTIDADE DE CAMARÃO PESCADO, BEM COMO DE INÉPCIA DA INICIAL POR AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA E INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA. AUSÊNCIA DE PERÍCIA DEMONSTRATIVA DA MATERIALIDADE. DESNECESSIDADE. Para o trancamento da ação penal, a ausência de tipicidade deve ser evidenciada de plano. Além de noventa quilos de camarão aparentemente não ser insignificante, tal juízo depende de valoração das provas produzidas. A denúncia está baseada no auto de infração ambiental da lavra do IBAMA, bem como na documentação administrativa pertinente, o que afasta a alegação da ausência de prova da autoria e da materialidade do delito. Writ denegado.⁷⁷⁵

⁷⁷⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), AREsp 962.776-AgRg-RS, Rel. Nefi Cordeiro, DJu 13/06/2005 Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

⁷⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 86.249-SP. Rel. Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

Em 2008, o Plenário do STF aplicou o Princípio da Insignificância para absolver o deputado federal Clodovil Hernandes de crime ambiental nos autos da Ação Penal 439-SP. A decisão por unanimidade, teve o Ministro Marco Aurélio como relator, que concluiu que o “fato apurado não constitui tipicidade suficiente para ensejar condenação penal”.

Tratava-se de uma acusação formulada pelo Ministério Público de São Paulo, com base no art. 40 da Lei nº 9.605/98, onde o deputado teria causado danos à Unidade de Conservação do Parque Estadual da Serra do Mar, por teria suprimido vegetação capoeira em estágio inicial e aterrado o local, a fim de construir uma rua, em área de 0,652 ha pertencente a um particular, no interior do parque. A defesa e o Ministério Público Federal alegaram a insignificância da extensão do dano para pleitear a absolvição do réu.

Em 2012, em sede da 2ª Turma do STF, com relatoria original do Ministro Ricardo Lewandowski, o Princípio da Insignificância foi aplicado ao crime ambiental, em sede de julgamento do HC 112.563-SC, para a absolvição do réu. Por maioria, a Turma concedeu a ordem para absolver o paciente, nos termos do art. 386, III, do Código Penal.

No caso concreto, o paciente fora flagrado com doze camarões e rede de pesca fora das especificações da Portaria nº 84/02 da autarquia federal ambiental - IBAMA. Ou seja, o delito analisado está descrito no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98.

O relator, que teve voto vencido, negou o *habeas corpus* e a aplicação do referido princípio, com fulcro na objetividade da lei de defesa do meio ambiente. Para o relator:

A aplicação do referido instituto, na espécie, poderia significar um verdadeiro incentivo à prática de delitos ambientais pelo paciente e outros pescadores, ante a certeza da impunidade de tais condutas, que estarão acobertadas pelo princípio da insignificância, levando ao esvaziamento do tipo penal previsto no art. 34 da Lei 9.605/1998.⁷⁷⁶

Para o Ministro, o crime é formal, sendo assim, a simples conduta capaz de produzir o resultado é suficiente para a sua configuração. Portanto, o produto da pesca seria apenas o exaurimento do tipo penal. Neste sentido, o objetivo o referido artigo é evitar que espécies protegidas corram riscos de ter sua reprodução afetada pela pesca indiscriminada em qualquer tempo.

⁷⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 112.563-SC. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

Em 2016, na 2ª Turma, houve o julgamento do HC 130.533-AM e o RHC 125.566-PR, ambos com relatoria do Ministro Dias Toffoli. Nos dois casos, por unanimidade, houve a denegação da ordem, nos termos do voto do relator.

No caso do HC 130.533-AM, que tratou de crime ambiental tipificado no art. 34, *caput*, e parágrafo único, inciso III da Lei nº 9.605/98, houve a inaplicabilidade da insignificância, fundamentado na quantidade de material apreendido e apetrechos utilizado, que seriam capazes de causar desequilíbrio ecológico, conforme mostra parte da ementa:

(...) Atipicidade das condutas. Pretendida aplicação da insignificância. Impossibilidade. Interesse manifesto do estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos. Paciente surpreendido com 120 kg (cento e vinte quilos) de pescado. Conduta revestida de intenso grau de reprovabilidade, já que potencialmente suficiente para causar danos significativos ao equilíbrio ecológico do local da pesca. Conhecimento parcial de habeas corpus. Ordem denegada.

(...)

2. Não há como se afirmar, de plano, que a conduta do paciente, surpreendido com “1 (uma) canoa, 3 (três) malhadeiras de mica malha 50 medindo 60 (sessenta) metros de comprimento, além de 120 (cento e vinte) quilos de pescado obtido em um único dia em área proibida”, seria inexpressiva ao ponto de torná-la irrelevante.

3. A quantidade significativa de pescado apreendido em poder do paciente, revela-se potencialmente suficiente para causar danos ao equilíbrio ecológico do local da pesca (Reserva de Desenvolvimento Sustentável de Mami-rauá), não havendo que se falar, portanto, em incidência do princípio da insignificância na espécie.⁷⁷⁷

No RHC 125.566-PR, o caso versava sobre o crime ambiental tipificado no art. 34, parágrafo único, inciso I da Lei nº 9.605/98. O relator não aplicou o referido princípio, por entender que “é interesse manifesto do Estado na repressão às condutas delituosas que venham a colocar em situação de risco o meio ambiente ou lhe causar danos”.⁷⁷⁸ Ademais, entendeu-se que, por se tratar de crime de perigo, a sua consumação se dá pela simples colocação ou exposição do bem jurídico tutelado a perigo de dano.

⁷⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 130.533-AM. Min. Dias Tóffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RHC 125.566-PR. Min. Dias Tóffoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

A decisão do magistrado se baseou, como já comentado em outros casos, nos apetrechos utilizados, a saber: (...) “o comportamento do recorrente é dotado de intenso grau de reprovabilidade, pois ele agiu com liberalidade ao pescar em pleno defeso utilizando-se de redes de pesca de aproximadamente 70 (setenta) metros, o que é um indicativo da prática para fins econômicos e não artesanais” (...). Ademais, cita que o ocorrido se deu em momento de importância ecológica, sendo a prática, portanto, “capaz de colocar em risco a reprodução dos peixes, o que remonta, indiscutivelmente, à preservação e ao equilíbrio do ecossistema aquático”.⁷⁷⁹

Ainda em 2016, a 2ª Turma do STF, por unanimidade, com relatoria da Ministra Cármen Lúcia, no Inquérito 3.788-DF, reputou improcedente acusação formulada contra deputado federal Jair Bolsonaro pela suposta prática do crime previsto no art. 34, *caput* da Lei nº 9.605/1998. A relatora reputou não existir, no caso concreto, o requisito da justa causa a propiciar o prosseguimento da ação penal, especialmente pela presença dos requisitos do STF de aplicação do Princípio da Insignificância:

Independente da divergência doutrinária e sem firmar juízo pessoal definitivo sobre a tese, o fato é que se consolidou a jurisprudência no sentido da plena aplicabilidade do princípio da insignificância aos crimes ambientais, tanto com relação aos de perigo concreto, em que há dano efetivo ao bem jurídico tutelado, quanto aos de perigo abstrato, como no art. 34, *caput*, da Lei n. 9.605/1998.⁷⁸⁰

O voto da relatora foi reajustado após manifestação do Ministro Celso de Mello, pois segundo ele:

reconhecida a ausência de tipicidade penal da conduta imputada ao ora investigado, impõe-se declaração de improcedência da acusação, especialmente porque, com essa parte dispositiva, operar-se-á, no caso, a coisa julgada penal em sentido material, com todas as implicações daí resultantes. (grifo meu)⁷⁸¹

Em 2017, a 2ª Turma do STF, por unanimidade, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, denegou a ordem, nos termos do voto do Relator no HC 135.404-PR. No caso concreto, que está tipificado no art. 34 da Lei nº 9.605/1998,

⁷⁷⁹ BRASIL. (STF). RHC 125.566-PR. *Idem*.

⁷⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Inquérito Penal 3.788-DF. Min. Carmem Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁸¹ BRASIL. (STF). Inquérito Penal. 3.788-DF. *Idem*.

“há registros criminais pretéritos, bem como de relatos de que o paciente foi surpreendido por diversas vezes pescando ou tentando pescar em área proibida, a demonstrar a reiteração delitiva do paciente”.⁷⁸²

Por conta disso, “a reiteração delitiva impede a aplicação do princípio da insignificância em favor do paciente, em razão do alto grau de reprovabilidade do seu comportamento”, conforme precedentes da Suprema Corte, como no caso do julgamento do HC 133.736 AgR-PR.

Ademais, o relator se valeu, para não aplicabilidade da insignificância da conduta, os apetrechos e material biológico recolhido na fiscalização (25 kg de peixes diversos):

(...) A quantidade de peixes apreendida em poder do paciente no momento em que foi detido, fruto da pesca realizada em local proibido e por meio da utilização de aparelhos, petrechos, técnicas e métodos não permitidos, como no caso dos autos, lesou o meio ambiente, colocando em risco o direito constitucional ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, o que impede o reconhecimento da atipicidade da conduta.⁷⁸³

Em 2018, em sede da 1ª Turma do STF, no julgamento do HC 122.560-SC, com relatoria do Ministro Marco Aurélio, por unanimidade o HC não foi concedido, por afastar a aplicação do Princípio. No caso concreto, o crime cometido está tipificado no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98, como ocorreu no HC 112.563-SC. O paciente estava portando 7 kg de camarão durante período de reprodução da espécie, mediante utilização de método não permitido – arrasto motorizado.

Ainda em 2018, com relatoria da Ministra Rosa Weber, a 1ª Turma, no julgamento dos HC 158.973 AgR-RS e HC 131.506 AgR-SE, por maioria, entendeu pela não aplicabilidade do princípio da insignificância nos casos concretos.

Em 2019, em sede da 2ª Turma do STF, a relatora Ministra Carmem Lúcia, em julgamento do HC 166.686-RS, entendeu pela inaplicabilidade do Princípio da Insignificância ao caso concreto tipificado em no art. 34, caput, parágrafo único, II, da Lei nº 9.605/98, assim como na maioria dos exemplos trazidos no presente trabalho.

Ao contrário do raciocínio produzido na análise do Inquérito 3.788-DF, a relatora negou o HC, em consonância com o entendimento *pacificado* do STJ, que

⁷⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 135.404-PR. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁸³ BRASIL. (STF). HC 135.404-PR. *Idem*.

não aplica o aludido princípio quando se “realiza pesca em período defeso e com petrechos proibidos, como ocorreu no caso concreto, ainda que não apreendida qualquer quantidade de espécimes da fauna aquática”.⁷⁸⁴

Ocorre que o paciente do HC faleceu em 11/06/2018, portanto carecia de objeto e de interesse de agir a impetração do aludido remédio constitucional. Conseqüentemente, a Ministra tornou “sem efeito a decisão pela qual neguei seguimento à presente impetração, com exame do mérito sobre a incidência ou não do princípio da insignificância, proferida em 10.1.2019, e nego seguimento ao presente habeas corpus”.⁷⁸⁵

Finalmente, ainda em sede da 2ª Turma, no presente ano, no julgamento do HC 150.147AgR-RS, o relator, que foi acompanhado por unanimidade pelos demais Ministros, negou provimento ao recurso de agravo. Para os magistrados não estão presentes os requisitos necessários para a aplicação do Princípio da Insignificância, visando afastar a tipicidade da conduta, que no caso concreto, tem fulcro no art. 68 da Lei nº 9605/98:

“HABEAS CORPUS” – O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA – RELAÇÕES DESSA CAUSA SUPRALEGAL DE EXCLUSÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SUA DIMENSÃO MATERIAL COM OS PRINCÍPIOS DA FRAGMENTARIEDADE E DA INTERVENÇÃO MÍNIMA DO ESTADO EM MATÉRIA PENAL – NECESSIDADE DE CONCRETA IDENTIFICAÇÃO, EM CADA SITUAÇÃO OCORRENTE, DOS VETORES QUE LEGITIMAM O RECONHECIMENTO DO FATO INSIGNIFICANTE (HC 84.412/SP, REL. MIN. CELSO DE MELLO, v.g.) – DOUTRINA – PRECEDENTES – CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DO MEIO AMBIENTE (ART. 68 DA LEI N. 9.605/98) – INOCORRÊNCIA, NO CASO, DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL CONSOLIDADA QUANTO À MATÉRIA VERSADA NA IMPETRAÇÃO – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.⁷⁸⁶

Como considerações gerais sobre os aludidos processos pelo STF, percebeu-se que a aplicabilidade do Princípio da Insignificância é restrita, em tese, aos

⁷⁸⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 166.686-RS. Min. Carmem Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁸⁵ BRASIL. (STF). HC 166.686-RS. *Idem*.

⁷⁸⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 150.147AgR-RS. Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

crimes ambientais, onde se possam ser aplicados os vetores: : mínima ofensividade da conduta do agente, pela ausência de periculosidade social da ação, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada. Nas palavras do relator Ministro Ayres Britto no julgamento do HC 109.134-RS:

Torna-se necessário analisar, portanto, em cada caso ocorrente, a presença de referidos vetores, cuja constatação mostra-se essencial à descaracterização material da tipicidade penal da conduta imputada ao agente, de tal maneira que a ausência de qualquer desses vetores tornará inaplicável o postulado da insignificância.⁷⁸⁷

Nesta conjuntura, não parece estar presente o quesito de “reduzido grau de reprovabilidade do comportamento” para a efetiva aplicação do Princípio no julgamento do Inquérito 3.788-DF. Essa afirmação advém da leitura atenta de um trecho, presente no voto da relatora, do relatório de fiscalização que serviu de base para o auto de infração:

No dia 25 de janeiro de 2012, agentes designados para a OPERAÇÃO MERO, com o objetivo de fiscalizar atividades de pesca ilegal na Baía da Ilha Grande depararam-se com uma embarcação fundeada na Ilha da Samambaia, na qual três indivíduos praticavam a pesca junto ao costão da referida ilha. Abordados pela equipe foram instruídos a se retirar daquele local por tratar-se de área proibida à pesca e ao fundeio por tratando-se de área marítima pertencente a Estação Ecológica de Tamoios, unidade de conservação federal de proteção integral, conforme sinalizado em placas afixadas em cada uma das ilhas da Estação Ecológica. O proprietário da embarcação, sem se identificar e recusando-se a fazê-lo argumentou que estava autorizado a pescar em qualquer área da Baía da Ilha Grande através de uma carta de um determinado ministro, cujo nome não foi citado muito menos apresentada a referida carta. Reconhecido após alguns instantes como sendo o Deputado Federal JAIR BOLSONARO, o infrator disse que não iria se retirar da área a despeito de nossas educadas e respeitadas solicitações de que o fizesse. Inconformado com nossa presença ao lado de sua embarcação, ligou para o então Ministro da Pesca e ao que tudo indica foi também orientado a se retirar da área. Apesar de seu manifesto inconformismo viu-se obrigado a se retirar da área, mas o fez de forma prepotente e arrogante afirmando que no dia seguinte ali estaria novamente pescando. (grifo meu)⁷⁸⁸

⁷⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 109.134-RS. Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁷⁸⁸ BRASIL. (STF). Inquérito Penal. 3.788-DF. *Idem*.

Ocorre que também foi percebido que os apetrechos utilizados na prática do crime ambiental e o material resultante costumam ser utilizados como justificativa para respaldar a análise de significância do ato praticado pelo autor. Porém, no julgamento do HC 166.686-RS, apesar de não ter sido encontrada qualquer espécie da fauna aquática, a relatora não aplicou o Princípio por se adunar ao entendimento do STJ, que leva em conta o período de realização do ato infracional e material utilizado, independente do material recolhido: “(...) pesca em período defeso e com petrechos proibidos, (...) ainda que não apreendida qualquer quantidade de espécimes da fauna aquática”.⁷⁸⁹

Finalmente, vale a reflexão que em apenas três casos o Princípio em questão foi aplicado, dos quais dois pacientes eram deputados federais. O outro tratava de um pescador amador que foi pego com uma quantidade inexpressiva de camarões que, notadamente, poderiam ser para a própria subsistência.

CONCLUSÃO

O Princípio da Insignificância é um modo de interpretação do rito penal que foi proposto por Claus Roxin, a fim de excluir a tipicidade material das condutas causadoras de lesões irrelevantes aos bens jurídicos. Apesar de reconhecido pelos Tribunais brasileiros, a sua aplicabilidade em sede de crimes ambientais não é pacificada na doutrina e nem na jurisprudência, por conta do bem tutelado ser difuso e coletivo.

Por conta da ausência de norma legitimadora do Princípio, a fim de reduzir a amplitude de discricionariedade dos magistrados, o STF estabeleceu quatro vetores para a sua aplicabilidade que precisam estar cumulativamente presentes no caso concreto, a saber: mínima ofensividade da conduta do agente, pela ausência de periculosidade social da ação, pelo reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e pela inexpressividade da lesão jurídica provocada.

No entanto, em uma análise nos julgados em sede do STF, não se percebeu uma coerência no julgamento dos casos concretos, que levaram em consideração, aparentemente, de questões subjetivas da pessoa infratora, além dos vetores supracitados, dos apetrechos utilizados na prática infracional e do material resultante.

⁷⁸⁹ BRASIL. (STF). HC 166.686-RS. *Idem*.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, P. B., “Direito Ambiental”, 12. ed. refor., Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [11-06-2019]

BRASIL. Lei 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. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [12-06-2019]

BRASIL. MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado (TJMG). Rec em Sentido Estrito 1.0342.12.009502-7/001, Relator(a): Des.(a) Catta Preta, 2ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 27/02/2014, publicação da súmula em 17/03/2014

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) HC 86259/MG 2007/0154492-9, Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Data de Julgamento: 10/06/2008, T5 – Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 18/08/2008. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), AREsp 962.776-AgRg-RS, Rel. Nefi Cordeiro, DJu 13/06/2005 Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp 564.960/SC, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, DJu 13/06/2005 Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ), REsp: 610.114 RN 2003/0210087-0, Rel. Min. Gilson Dipp, Data de Julgamento: 17/11/2005, 5ª Turma, Data de Publicação: DJ 19/12/2005. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF), R.E 548.181, 1ª Turma, Min. Rel. Rosa Weber, DJu 30/10/2014. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 109.134-RS. Min. Ayres Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 112.563-SC. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 123.533/SP. Pleno. Min. Roberto Barroso. DJu, 03/08/2015. Ementa: penal. Princípio da Insignificância. Crime de Furto Tentado. Reincidência. Concurso de Agentes. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 130.533-AM. Min. Dias Tófoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 135.404-PR. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 150.147AgR-RS. Min. Celso Mello. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 166.686-RS. Min. Carmem Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). HC 86.249-SP. Rel. Carlos Britto. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Informativo STF nº. 644 de 10 a 14 de outubro de 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo644.htm> [14-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). Inquérito Penal 3.788-DF. Min. Carmem Lucia. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). RHC 125.566-PR. Min. Dias Tófoli. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF1) RSE 2007.34.00.044394-8/DF, Rel. Desembargador Federal Hilton Queiroz, Rel.Acor. Juíza Federal Rosimayre Gonçalves De Carvalho, Quarta Turma, e-DJF1 p.302 de 10/02/2009 – grifo. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/> [15-06-2019]

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF-3) RESI 3.482, Rel. Desembargadora Federal Vesna Kolmar. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br> [14-06-2019]

FIORILLO, C. A. P., “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, 10. ed. rev., atual. e ampl. - Saraiva, São Paulo, 2009.

GRECO, R., “Curso de Direito Penal”, 11. ed., Impetrus, Rio de Janeiro, 2009.

MAÑAS, C. V., “O princípio da insignificância como excludente da tipicidade no direito penal”, Saraiva, São Paulo, 1994.

MILARÉ, É., “Direito do Ambiente: doutrina, jurisprudência e glossário”, 5. ed. rev., ref., atual. e ampl., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

MILARÉ, É., “Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário”, 7. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

MILARÉ, É., “Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco”, 5. ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

MILARÉ, É., “Direito do Ambiente. Doutrina – prática – jurisprudência – glossário”, 2. ed. rev., ampl. e atualiz. RT, São Paulo, 2001.

MOLITOR, U. M., “A *ratio* do tipo penal ambiental e os fundamentos da Constituição da República Federativa do Brasil”. Revista IMES – Direito, ano 8, n° 13, jul/dez. 2007.

ROXIN, C., “Política criminal y sistema del derecho penal”, Trad. Francisco Muñoz Conde, 2 ed. 1 reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2002.

SIRVINSKAS, L. P., “Questões polêmicas sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais”, Boletim IBCCrim n° 65, abril 1998.

ANÁLISE DO INSTITUTO DE CONVERSÃO DE MULTAS EM SERVIÇOS AMBIENTAIS NA PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

SILVA, Livia Maria da Costa

Professora Adjunto do Departamento de Engenharia Agrícola e Ambiental da Universidade Federal Fluminense (UFF) e Graduada em Direito pela UFF, Niterói, Brasil, *liviamaria@id.uff.br*

RIBEIRO, Gabriel Pinto

Pós-graduado em Direito Processual Civil Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil, *ribeiro-adv@gmail.com*

PORTO, Paola de Andrade

Doutora em Sociologia e Direito Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, Brasil. *paolaporto@id.uff.br*

RESUMO

As intervenções lesivas ao bem-estar social e ao ambiente ecologicamente equilibrado têm sido responsabilizadas civil, penal e administrativamente. Apesar de prevista na Lei nº 9.605/1998, a conversão de multas em serviços ambientais se tornou política pública federal com a promulgação do Decreto nº 9.179/2017. Nesse contexto, o presente trabalho teve como objetivo analisar se esse instituto tem sido capaz de exercer uma função educativa e de promoção da sustentabilidade, ao contrário da sanção administrativa que tem um viés mais punitivista. Os resultados mostraram que as últimas modificações legislativas, assim como a conversão de multas ambientais, apesar de ter uma perspectiva mais negocial e plural lateral para a solução de conflitos de matéria administrativa, têm tornado a política ambiental menos protecionista, mais focada no pós-dano ambiental.

Palavras-chave: responsabilidade administrativa ambiental; sustentabilidade; Direito Ambiental; discricionariedade, multas.

RESÚMEN

Las intervenciones perjudiciales para el bienestar social y el medio ambiente ecológicamente equilibrado han sido responsabilizadas civil, penal y administrativamente. A pesar de prevista en la Ley nº 9.605/1998, la conversión de multas en servicios ambientales se convirtió en política pública federal con la promulgación

del Decreto n° 9.179/2017. En este contexto, el presente trabajo tuvo como objetivo analizar si ese instituto ha sido capaz de ejercer una función educativa y de promoción de la sostenibilidad, a diferencia de la sanción administrativa que tiene un sesgo más punitivista. Los resultados mostraron que las últimas modificaciones legislativas, así como la conversión de multas ambientales, a pesar de tener una perspectiva más negociadora y plurilateral para la solución de conflictos de materia administrativa, han convertido en la política ambiental menos proteccionista, más enfocada en el post-daño ambiental.

Palabras-claves: Responsabilidad administrativa ambiental; sostenibilidad; Derecho ambiental; discreción, multas.

ABSTRACT

Interventions detrimental to social well-being and the ecologically balanced environment have been held civilly, criminally and administratively. Although envisaged in Law No. 9,605 / 1998, the conversion of fines into environmental services became federal public policy with the enactment of Decree No. 9.179 / 2017. In this context, the present study aimed to analyze if this institute has been able to exercise an educational function and to promote sustainability, contrary to the administrative sanction that has a more punitive bias. The results showed that the latest legislative changes, as well as the conversion of environmental fines, despite having a more negotiating and plurilateral perspective for the resolution of conflicts of administrative matter, have made environmental policy less protectionist, more focused on environmental post-damage.

Key-words: Environmental administrative responsibility; sustainability; Environmental Law; discretion, fines.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. Tutela Ambiental Brasileira; 2. O Dano Ambiental e a Responsabilidade Administrativa Ambiental; 3. Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação Ambiental; 3.1. Multa Simples; 3.2. Conversão de Multas Ambientais; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

O meio ambiente é um bem de suma importância para a manutenção da vida, no entanto, tem sofrido intervenção antrópica desenfreada nas últimas

décadas. Para Milaré⁷⁹⁰, a crise ambiental (mundial) é consequência de uma guerra travada em função da apropriação dos recursos naturais limitados com o propósito de satisfação das necessidades e caprichos humanos ilimitados (consumo não sustentável). Neste contexto, segundo o autor, emerge o papel da política, a fim de administrar a compatibilização entre a população, seus costumes e necessidades (reais e caprichos) e os recursos ambientais limitados da Terra.

No Brasil, seguindo a tendência global, em 1981, foi promulgada a sua Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA) por meio da Lei nº 6.938⁷⁹¹. Em 1988, a Constituição Federal⁷⁹² veio somar a visão ambiental protecionista, trazendo, inclusive a positivação de remédios processuais para proteção do bem ambiental, como a ação civil pública e a ação popular.

Sob o prisma da análise constitucional, o ambiente passa a ser protegido de maneira integral, sistêmica, resguardando-se as partes a partir do todo, com autonomia valorativa (é, em si mesmo, bem jurídico) e com garantias de implementação (facilitação do acesso à justiça). De modo a proteger e manter o meio ambiente ecologicamente equilibrado, o texto constitucional, em seu art. 225, § 3º preleciona três esferas de responsabilização do poluidor: civil, penal e administrativa⁷⁹³.

A responsabilidade administrativa ambiental, interesse do presente trabalho, decorre da infração às normas de direito administrativo e ambiental, o que sujeita ao agente infrator uma sanção específica. Portanto, a essência da infração ambiental administrativa não é o dano em si, mas o comportamento em desobediência a uma norma jurídica de tutela do ambiente.

O Princípio do Controle do Poluidor pelo Poder Público se materializa no exercício do poder de polícia ambiental, que, ao constatar alguma infração, instaura o processo de apuração de responsabilidade do agente. A coercibilidade é um dos atributos desse poder, sendo externado pelas penalidades administrativas

⁷⁹⁰ MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microsistema de responsabilidade”. 380 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Estudos Pós-Graduandos em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 77.

⁷⁹¹ BRASIL. Lei Federal 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br [11-06-2019]

⁷⁹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br. [08-06-2019].

⁷⁹³ BENJAMIN, A. H., “Função Ambiental”. In: BENJAMIN, A. H. (coord.), “Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, p. 75.

previstas em lei (Princípio da Legalidade) que são aplicadas por agentes credenciados do Poder Público.

Nesse mesmo diapasão, o presente trabalho visa dissertar sobre a eficácia (avanço ou retrocesso) de uma recente legislação, Decreto nº 9.179/2017⁷⁹⁴, que trata do dano ambiental, mais especificamente sobre a conversão da multa ambiental administrativa em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

Para desenvolver a pesquisa, buscou-se autores e juristas renomados no ramo do Direito Ambiental brasileiro, como Edis Milaré e Herman Benjamin. Além da doutrina, analisou-se as normas ambientais pertinentes ao tema, além de jurisprudência e documentos da autarquia ambiental federal relacionados ao Programa de Conversão de Multas Ambientais instituído pelo decreto supracitado.

II. DESENVOLVIMENTO

1. Tutela Ambiental Brasileira

O meio ambiente é um bem de suma importância para a manutenção da vida de todas as espécies que coabitam o planeta, por isso, deve ser preservado. Como o planeta Terra é único e, portanto, a degradação ambiental não possui fronteiras; extrapola os limites territoriais das nações, essa temática tem sido foco de diversas conferências transnacionais, como as emblemáticas Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente, em Estocolmo (1972), Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento (Eco/Rio-92) e Rio+20.

Nesta conjuntura, o coletivo mundial tem movido esforços para unificar e definir limites a essa degradação, além de métodos para reparação, tentando mitigar os prejuízos causados ao longo da evolução (ou seria retrocesso?) das sociedades modernas.

Para Milaré⁷⁹⁵, a crise ambiental (mundial) é consequência de uma guerra travada em função da apropriação dos recursos naturais limitados com o propósito

⁷⁹⁴ BRASIL. Decreto 9.179 de 23 de outubro de 2017. Altera o Decreto nº 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, para dispor sobre conversão de multas. Disponível em: www.planalto.gov.br. [08-06-2019].

⁷⁹⁵ MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microsistema de responsabilidade”, cit.

de satisfação das necessidades e caprichos humanos ilimitados (consumo não sustentável).

Neste contexto, segundo o autor, emerge o papel da política, a fim de administrar a compatibilização entre a população, seus costumes e necessidades (reais e caprichos) e os recursos ambientais limitados da Terra. A fim de mostrar a importância do Direito nesse cenário:

(...) entre várias terapias ecológicas sugeridas para a prevenção e o tratamento da doença, ressalta-se o recurso ao Direito como elemento essencial para coibir, com regras coercitivas, penalidades e imposições oficiais, a desordem e a prepotência dos poderosos (poluidores, no caso). (...) a ausência de postulados reguladores dos possíveis conflitos poderia redundar numa luta permanente e desigual, com o mais forte [sociedade, poluidores] sempre impondo-se ao mais fraco [natureza].⁷⁹⁶

Na seara nacional, antes de 1981, a proteção ambiental, no tocante a normatividade, era disposta por leis esparsas, de difícil aplicação, muitas vezes controversas e contraditórias. Ademais, vale destacar que as ideias de conservação e proteção ambiental, além da sustentabilidade, em discussão no cenário internacional, foram internalizadas por meio da promulgação da Lei nº 6.938/81. Sobre esse cenário, Antônio Herman Benjamin comenta:

Somente a partir de 1981, com a promulgação da Lei nº 6.938/81 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), ensaiou-se o primeiro passo em direção a um paradigma jurídico-econômico que holisticamente tratasse e não maltratasse a terra, seus arvoredos e os processos ecológicos essenciais a ela associados. Um caminhar incerto e talvez insincero a princípio, em pleno regime militar, que ganhou velocidade com a democratização em 1985 e recebeu extraordinária aceitação na Constituição de 1988.⁷⁹⁷

Positivado no ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de meio ambiente está previsto no art. 3º, I da PNMA como sendo o “conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”⁷⁹⁸.

Claramente, percebe-se que a intenção do legislador ao escrever o inciso foi dar definição ao que se classifica como meio ambiente natural. Porém, além

⁷⁹⁶MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microsistema de responsabilidade”, cit., pp. 77.

⁷⁹⁷ BENJAMIN, A. H.; CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (coords). “Direito Constitucional Ambiental brasileiro”, Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 57-58.

⁷⁹⁸ BRASIL. Lei Federal 6.938 de 31 de agosto de 1981. *Idem*.

dessa categoria de meio ambiente, ainda existem, pelo menos, outras três: cultural, artificial e do trabalho. Figueiredo⁷⁹⁹ expõe, portanto, a insuficiência do conceito legal supracitado na abrangência de todas as qualificações de meio ambiente existentes:

(...) A definição legal da LPNMA (lei 6.938/81) é adequada para a identificação de determinados aspectos do meio ambiente, como por exemplo o natural, mas é insuficiente para abranger todos os valores jurídicos tutelados pelo Direito Ambiental como, por exemplo, o meio ambiente cultural (tutela do patrimônio cultural) e o meio ambiente do trabalho (tutela da saúde dos trabalhadores).⁸⁰⁰

Partindo desse pressuposto, o legislador constituinte pátrio, a partir da Constituição Federal de 1988, buscou unificar e aumentar a proteção legal ao bem tão valioso, editando disposições gerais, com um dever integral de cautela, chamando todo o coletivo à responsabilidade de preservação para as presentes e futuras gerações (pacto transgeracional).

A Carta Magna, que recepcionou a Lei nº 6.938/81, não se preocupou em elaborar uma noção técnico-jurídica específica de meio ambiente, apesar de dedicar um capítulo inteiro ao meio ambiente. Portanto, sendo este um conceito aberto, deve ser preenchido casuisticamente, de acordo com o caso concreto que se apresente ao intérprete.

No tocante aos avanços trazidos pela Constituição cidadã na seara ambiental, tem-se a consagração da metaindividualidade do bem ambiental, que nas palavras de Fiorillo,⁸⁰¹

(...) além de autorizar a tutela de direitos individuais, o que tradicionalmente já era feito, passou a admitir a tutela de direitos coletivos, porque compreendeu a existência de uma terceira espécie de bem: o bem ambiental. Tal fato pode ser verificado em razão do disposto no art. 225 da Constituição Federal, que consagrou a existência de um bem que não é público nem, tampouco, particular, mas sim de uso comum do povo. (grifo meu)

Adotando-se uma compreensão material - e não formal - do direito fundamental, tem-se o reconhecimento do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, com fulcro no art. 225 da Constituição Federal, como sendo

⁷⁹⁹ FIGUEIREDO, G. J. P., “Curso de Direito Ambiental”, 6 ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

⁸⁰⁰ FIGUEIREDO, G. J. P., “Curso de Direito Ambiental”, cit., pp. 64.

⁸⁰¹ FIORILLO, C. A. P., “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, Saraiva, São Paulo, 2008, pp. 3.

fundamental. Com esse entendimento, Leite e Ayala entendem que mesmo não estando expressamente inserido no capítulo específico que trata dos direitos e deveres individuais e coletivos, “não é possível afastar o seu conteúdo de direito fundamental”⁸⁰².

Com esse mesmo entendimento, Antunes⁸⁰³ disserta que no regime constitucional brasileiro, o próprio *caput* do art. 225 impõe a conclusão de que o direito ao meio ambiente sadio é um dos direitos humanos fundamentais, aduzindo, ainda, que o próprio art. 5º, LXXIII faz menção expressa ao meio ambiente ao tratar da ação popular. Ao concluir, o autor aduz:

Ora, se é uma garantia fundamental do cidadão a existência de uma ação constitucional com a finalidade de defesa do meio ambiente, tal fato ocorre em razão de que o direito ao desfrute das condições saudáveis do meio ambiente é, efetivamente, um direito fundamental do ser humano.⁸⁰⁴

No que tange ao conceito mais abrangente atribuído ao meio ambiente pelo texto constitucional, Silva ⁸⁰⁵ entende que meio ambiente é a “interação do conjunto de elementos naturais, artificiais, e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”. Fensterseifer ⁸⁰⁶ vai além ao dizer que

Conforme se pode apreender do texto constitucional, o objeto de tutela do ambiente aponta para quatro direções ou dimensões distintas, mas necessariamente integradas. Assim, pode-se distribuir o bem jurídico ambiental em: a) ambiente natural ou físico, que contempla os recursos naturais de um modo geral, abrangendo a terra, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna e o patrimônio genético; b) ambiente cultural, que alberga o patrimônio histórico, artístico, paisagístico, arqueológico e turístico; c) ambiente artificial ou criado, que compreende o espaço urbano construído, quer através de edificações, quer por intermédio de equipamentos públicos; e também d) ambiente do trabalho, que integra o ambiente onde as relações de trabalho são desempenhadas, tendo em conta o primado da vida e da dignidade do trabalhador em razão de situações de insalubridade e periculosidade (arts.

⁸⁰² LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A., “Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial”. Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014, p. 92

⁸⁰³ ANTUNES, P. B., “Direito Ambiental”, 8. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

⁸⁰⁴ ANTUNES, P. B., “Direito Ambiental”, cit., pp. 20.

⁸⁰⁵ SILVA, J. A., “Direito ambiental constitucional”, 5. ed., Malheiros, São Paulo, 2004., pp. 19.

⁸⁰⁶ FENSTERSEIFER, T., “Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito”. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pp. 164.

7º, XXII, XXIII e XXXIII; e 200, II e VIII, do texto constitucional de 1988).⁸⁰⁷ (grifo meu)

Obviamente, é oportuno destacar que, tratam-se apenas de classificações, visto que a proteção jurídica ao meio ambiente é única, na busca pela defesa da qualidade e da continuidade da vida.

Nos dias atuais, foi superada a visão individualizada dos recursos naturais (visão clássica antropocêntrica do ambiente) pela perspectiva sistêmica, ganhando destaque a função ecológica que cada elemento da natureza desempenha em relação aos demais (serviços ambientais ou serviços ecossistêmicos).

Nesse entendimento, Benjamin disserta:

Como bem - enxergado como verdadeira *universitas corporalis* é imaterial - não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida etc.) que a forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental. Assim, o meio ambiente é bem, mas como entidade, onde se destacam vários bens materiais em que se firma, ganhando proeminência na sua identificação, muito mais o valor relativo à composição, característica ou utilidade da coisa do que a própria coisa. Uma definição como essa de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos: é o rio, a casa de valor histórico, o bosque com apelo paisagístico, o ar respirável, a água potável.⁸⁰⁸

Portanto, ainda no entendimento de Benjamin⁸⁰⁹, no macrobem é o aspecto imaterial que se destaca, fazendo com que o meio ambiente seja protegido por seu valor intrínseco. Nesse sentido, a Carta Magna estabeleceu o tratamento jurídico das partes a partir do todo e não o contrário, como acontecia com os ordenamentos constitucionais anteriores.

⁸⁰⁷ FENSTERSEIFER, T., “Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito”. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008, pp. 164.

⁸⁰⁸ BENJAMIN, A. H., “Função Ambiental”. In: BENJAMIN, A. H. (coord.), “Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993, pp. 75.

⁸⁰⁹ BENJAMIN, A. H.; CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (coords). “*Direito Constitucional Ambiental brasileiro*”, Saraiva, São Paulo, 2007, pp. 66.

2. O Dano Ambiental e a Responsabilidade Administrativa Ambiental

Nas acertadas palavras de Milaré a devastação ambiental é um fenômeno que acompanha o homem desde os primórdios de sua história. Apenas a percepção jurídica desse fenômeno - até como consequência de um bem jurídico novo denominado 'meio ambiente' - é que é recente.⁸¹⁰

Ressalta-se que nem todo impacto ambiental⁸¹¹ pode ser considerado um dano ambiental. No entanto, o conceito de dano ambiental é um pressuposto indispensável para a teoria jurídica da responsabilidade⁸¹² ambiental. Conforme já mencionado, o texto constitucional, em seu art. 225, §3º distingue as três esferas: “a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”⁸¹³. Vale ressaltar que as referidas esferas são autônomas, podendo, portanto, serem aplicadas conjuntamente, não caracterizando o fenômeno de *bis in idem*.

Assim, segundo Milaré⁸¹⁴, dano ambiental é a “lesão dos recursos ambientais⁸¹⁵, com consequente degradação do equilíbrio ecológico e da qualidade de vida”. Para Leite⁸¹⁶, dano ambiental pode ser entendido

como toda lesão intolerável causada por qualquer ação humana (culposa ou não) ao meio ambiente diretamente, como macrobem de interesse coletivo, em uma concepção totalizante, e indiretamente, a terceiros, tendo em vista interesses próprios e individualizáveis e que refletem no macrobem.

Neste contexto, é importante trazer o conceito de poluidor que está previsto no art. 3º, IV da Lei nº 6.938/81 como sendo “a pessoa física ou jurídica, de

⁸¹⁰ MILARÉ, É., “Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário”, 7. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011, pp. 23.

⁸¹¹A definição de impacto ambiental está prevista no art. 1º da Resolução CONAMA nº 001, de 23 de janeiro de 1986, a saber: (...) *qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I - a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II - as atividades sociais e econômicas; III - a biota; IV - as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V - a qualidade dos recursos ambientais.*

⁸¹²A palavra responsabilidade deriva etimologicamente de responsável, que se origina do latim *responsus*, do verbo *respondere* (responder, pagar).

⁸¹³ BRASIL. Constituição Federal. 1988. *Idem*.

⁸¹⁴ MILARÉ, É., “Direito do Ambiente”. Doutrina prática jurisprudência glossário, 2 ed. rev., ampl. e atualiz., RT, São Paulo, 2001, pp. 427-428.

⁸¹⁵Os recursos ambientais são definidos no art. 3º, V da Lei nº 6.938/81, como sendo: *a atmosfera, as águas interiores, superficiais e subterrâneas, os estuários, o mar territorial, o solo, o subsolo, os elementos da biosfera, a fauna e a flora.*

⁸¹⁶ LEITE, J. R. M., “Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, pp. 108.

direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental”.⁸¹⁷

Milaré⁸¹⁸ e Antunes⁸¹⁹, entendem que o conceito de dano ambiental é aberto, sendo preenchido casuisticamente, de acordo com o caso concreto que se apresente ao intérprete. Nesse diapasão, ao analisar o REsp 1.071.741/SP⁸²⁰, o relator ministro Herman Benjamin traz:

(...) 11. O conceito de poluidor, no Direito Ambiental brasileiro, é amplíssimo, confundindo-se, por expressa disposição legal, com o de *degradador da qualidade ambiental*, isto é, toda e qualquer “pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, *direta ou indiretamente*, por atividade causadora de degradação ambiental” (art. 3º, IV, da Lei 6.938/1981, grifo adicionado). (grifo meu)

A responsabilidade administrativa ambiental decorre da infração às normas de direito administrativo e ambiental, o que sujeita ao agente infrator uma sanção específica. Portanto, a essência da infração ambiental administrativa não é o dano em si, mas o comportamento em desobediência a uma norma jurídica de tutela do ambiente.⁸²¹

Nessa conjuntura, é oportuno trazer a definição de infração administrativa contida no *caput* do art. 70 da Lei nº 9.605/98: (...) “toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente”.⁸²² Conceituação consolidada, posteriormente, pelos dispositivos do Decreto nº 6.514/2008⁸²³, que revogou o Decreto nº 3.179/1965.

⁸¹⁷ BRASIL. Lei Federal 6.938 de 31 de agosto de 1981. *Idem*.

⁸¹⁸ MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microsistema de responsabilidade”. 380 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Estudos Pós-Graduandos em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

⁸¹⁹ ANTUNES, P. B., “Dano ambiental: uma abordagem conceitual”, *Lumen Juris*, Rio de Janeiro, 2000, pp. 246-247

⁸²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). 2ª Turma. REsp 1.071.741-SP. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília. DJ 16/12/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br> [12-06-2019]

⁸²¹ MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microsistema de responsabilidade”. 380 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Estudos Pós-Graduandos em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016, pp. 131.

⁸²² BRASIL. Lei 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. Disponível em www.planalto.gov.br [12-06-2019]

⁸²³ BRASIL. Decreto 6.514 de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em www.planalto.gov.br [12-06-2019]

Ao contrário das sanções civis e penais, que somente o Poder Judiciário pode aplicar, as penalidades administrativas são importadas aos agentes infratores pelo Poder Executivo, por meio dos órgãos da Administração Direta e Indireta da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Assim, a sanção é imposta pelo Poder Público, dotado de poderes administrativos, visando a prática de tarefas administrativas inerentes a ele. Nesse contexto, Silva expõe:

Esta responsabilidade fundamenta-se na capacidade que têm as pessoas jurídicas de Direito Público de impor a conduta aos administrados. Esse poder de controle administrativo é inerente à Administração de todas as entidades estatais – União, Estados, Distrito Federal e Municípios –, nos limites das respectivas competências institucionais.⁸²⁴

O Princípio do Controle do Poluidor pelo Poder Público se materializa no exercício do poder de polícia ambiental, que, ao constatar alguma infração, instaura o processo de apuração de responsabilidade do agente. A coercibilidade é um dos atributos desse poder, sendo externado pelas penalidades administrativas previstas em lei (Princípio da Legalidade) que são aplicadas por agentes credenciados do Poder Público.

O dito poder de polícia ambiental é o mesmo do poder geral de polícia trazido no art. 78 do Código Tributário Nacional (CTN)⁸²⁵. Por meio desse poder, três importantes atributos são impostos: imperatividade, autoexecutoriedade e discricionariedade.

O art. 71 da Lei nº 9.605/98 determina que a aplicação de sanção administrativa pelo órgão competente ao agente causador do dano ambiental será apurada em processo administrativo. Portanto, é por meio de processo, assegurando o direito de ampla defesa e o contraditório, que um auto de infração é válido e eficaz, resultando na cominação de uma sanção.

A doutrina⁸²⁶ não é pacífica quanto à natureza da responsabilidade administrativa ambiental. No âmbito da jurisprudência, o STJ adotou a teoria subjetiva no julgamento do REsp 1.401.500/PR, em 2016 e no mesmo entendimento, esse Tribunal julgou o REsp: 1.686.210/RN, a saber:

⁸²⁴ SILVA, J. A., “Direito ambiental constitucional”, 5. ed., Malheiros, São Paulo, 2004, pp. 301.

⁸²⁵ BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em www.planalto.gov.br [12-06-2019]

⁸²⁶ SILVA, R. F. T., “Manual de Direito Ambiental”, 9 ed., JusPODIVM, Salvador, 2019, pp. 624.

De início, destaco minha concordância com o entendimento de que, em que pese ser objetiva e integral a responsabilidade civil pelos danos ambientais, existindo solidariedade entre o causador direto e indireto quanto à reparação do dano ambiental, a responsabilidade administrativa (infração administrativa), que enseja a aplicação de multa, é subjetiva, portanto, não se admite que terceiro responda a título objetivo por ofensa ambiental praticada por outrem. (grifo meu)⁸²⁷

O agente atuante ao lavrar o auto de infração deverá indicar as sanções, observando os critérios presentes nos incisos do art. 4º do Decreto nº 6.514/08⁸²⁸, ademais, as espécies de sanções administrativas estão elencadas no art. 72 da Lei nº 9.605/98 e art. 3º do Decreto supracitado. Vale destacar que, segundo o STJ, é “vedado ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - IBAMA impor sanções administrativas sem expressa previsão legal”.⁸²⁹

A Administração Pública possui um prazo de cinco anos⁸³⁰ para apurar o cometimento da conduta lesiva, além de proceder à lavratura do auto de infração e, por meio de decisão da autoridade competente, homologar as sanções imputadas com o auto de infração. Assim, os arts. 21 a 23 do Decreto nº 6.514/08 tratam “com especial atenção da decadência e da prescrição administrativa ambiental, muito embora não tenha utilizado da melhor técnica para a diferenciação dos referidos institutos, referindo-se apenas à prescrição”.⁸³¹ Esse entendimento é confirmado pelo STF no julgamento do REsp 1.115.078-RS:

REPETITIVO. PRESCRIÇÃO. MULTA. MEIO AMBIENTE.

Trata-se de recurso representativo de controvérsia (art. 543-C do CPC e Res. n. 8/2008-STJ) em que a questão em debate resume-se à definição do prazo prescricional para a cobrança de multa administrativa por infração à legislação federal, no caso, a Lei n. 9.873/1999 (com os acréscimos da Lei n. 11.941/2009), nos autos de execução fiscal ajuizada pelo Ibama para

⁸²⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) REsp: 1.686.210 RN 2017/0176929-6, Relator: Ministro Gurgel de Faria, data de publicação: DJ 03/10/2018. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

⁸²⁸ “Art. 4º. I - gravidade dos fatos, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente; II - antecedentes do infrator, quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental; e III - situação econômica do infrator”. BRASIL. Decreto 6.514 de 2008. *Idem*.

⁸²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência em Teses. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemeses/Jurisprudencia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf [12-06-2019]

⁸³⁰ Portanto, decai em cinco anos a ação da administração objetivando apurar a prática das infrações contra o meio ambiente, contada da data da prática do ato, ou no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado a infração.

⁸³¹ SILVA, 2019, pp. 639.

cobrança de débito inscrito em dívida ativa. Ressaltou o Min. Relator que a questão já foi debatida no REsp 1.112.577-SP, DJe 8/2/2010, também sob o regime dos recursos repetitivos, mas somente quando a multa administrativa decorria do poder de polícia ambiental exercido por entidade estadual, situação em que não seria pertinente a discussão sob as duas leis federais citadas. Agora, no caso, como a multa foi aplicada pelo Ibama, entidade federal de fiscalização e controle do meio ambiente, é possível discutir a incidência daquelas leis federais, o que foi feito nessa hipótese. Diante disso, a Seção entendeu incidente o prazo de cinco anos (art. 1º da citada lei) para que, no exercício do poder de polícia, a Administração Pública Federal (direta ou indireta) apure o cometimento da infração à legislação do meio ambiente. Esse prazo deve ser contado da data da prática do ato ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que houver cessado a infração. Observou que o art. 1º da Lei n. 9.873/2009 estabeleceu o prazo para a constituição do crédito, não para a cobrança judicial do crédito inadimplido. Ressaltou, ainda, que, antes da MP n. 1.708/1998, convertida na Lei n. 9.873/1999, não existia prazo decadencial para o exercício do poder de polícia por parte da Administração Pública Federal, por isso a penalidade aplicada, nesses casos, sujeita-se apenas ao prazo prescricional de cinco anos segundo a jurisprudência deste Superior Tribunal, em razão da aplicação analógica do art. 1º do Dec. n. 20.910/1932. Ademais, a jurisprudência também já assentou que, por se tratar de multa administrativa, não é aplicável a regra geral de prescrição do CC, seja o de 1916 ou o de 2002. *(grifo meu)*

832

Para fins de interrupção do prazo decadencial⁸³³, considera-se iniciada a ação de apuração de infração ambiental pela Administração com a lavratura do auto de infração. No que tange à prescrição da pretensão da execução da multa ambiental por infração pela Administração Pública, esta é de cinco anos, conforme entendimento da Súmula 467 do STJ: “prescreve em cinco anos, contados do término do processo administrativo, a pretensão da Administração Pública de promover a execução da multa por infração ambiental”.⁸³⁴

No próximo capítulo será abordada, como mais profundidade, a sistemática da multa simples, espécie de sanção administrativa (art. 72, II da Lei nº

⁸³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) REsp 1.115.078-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2010. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

⁸³³ Art. 22 do Decreto 6.514 de 2018 enumera as possibilidades de interrupção da prescrição e prescrição intercorrente é definida no art. 21, §2º.

⁸³⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 467. Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010 Disponível [http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20467\).sub](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20467).sub). [12-06-2019]

9.605/98), e a possibilidade de conversão em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ao meio ambiente (Decreto nº 9.179/17).

3. Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação Ambiental

3.1. Multa Simples

No contexto da responsabilidade ambiental administrativa, a despeito da imposição da sanção, segundo Lazzarini:

A sanção administrativa ambiental tem duplo objetivo, ou seja, ela tem por fim a *correção* do infrator, no que representa um verdadeiro castigo para que melhore a sua conduta de respeito às normas legais ambiental, como também um fim de *prevenção*, no sentido de servir de verdadeiro alerta a todos os outros, e ao próprio infrator, das conseqüências da infração ambiental.⁸³⁵

A multa simples é uma das sanções aplicáveis as infrações administrativas dispostas no art. 72 da Lei de Crimes Ambientais. Segundo o § 3º do referido art., tem-se que a multa simples será aplicada nas hipóteses, por negligência ou dolo: advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA) ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha; e opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

Como verifica-se do trecho normativo aludido, a incidência da multa está atrelada a hipóteses em que haja dolo ou negligência, isto é, há necessidade de demonstração de elemento subjetivo.

Ressalta-se que, apesar do dispositivo trazer a incidência da multa simples no caso de não atendimento tempestivo à advertência prévia para sanar irregularidade, “conforme a jurisprudência do STJ, não se faz necessária a aplicação de advertência prévia para a aplicação de multa prevista no art. 72 da Lei 9.605/98”.⁸³⁶

⁸³⁵ LAZZARINI, Á., “Sanções administrativas ambientais”, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34, n. 134, abr./jun., 1997, p. 171.

⁸³⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). **Resp. 1.263.904 PR 2011/0155722-5**, rel.: Ministra Assusete Magalhães, Data da Publicação: DJ 22/02/2018. Disponível: <http://stj.jus.br/> [12-06-2019]

Para a aplicação da referida sanção é necessário procedimento administrativo que se desenvolve em diversas fases: i) a instauração do procedimento pelo auto de infração; ii) a defesa técnica; iii) a colheita de provas, se for o caso; iv) a decisão administrativa; e v) eventualmente, o recurso. O procedimento deve respeitar os princípios constitucionais do direito à ampla defesa e ao contraditório.⁸³⁷

Conforme Decreto nº 6.514/08, é importante observar que o procedimento administrativo para apuração de infração ambiental deverá analisar prazos máximos: i) 20 dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação (art. 113); ii) 30 dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação (art. 124); iii) 20 dias para o infrator recorrer da decisão condenatória à instância superior dos órgãos integrantes do SISNAMA, ou à Diretoria de Portos e Costas, do Ministério da Marinha, de acordo com o tipo de autuação (art. 127)⁸³⁸; e iv) 5 dias para o pagamento de multa, contados da data do recebimento da notificação⁸³⁹. Ao final desse prazo, deverá a Administração Pública promover a cobrança judicial do débito.

No contexto do órgão fiscalizador ambiental, Instituto Brasileiro do meio Ambiente e dos Recursos Naturais (IBAMA), em 2017, o tempo médio de julgamento de infrações era de três anos e seis meses. No mesmo ano, o órgão realizou 21 mil julgamentos de autos de infração (21%), tendo pouco mais de 106 mil pendentes de conclusão⁸⁴⁰.

Importante destacar que também se tem um número expressivo de processos administrativos que prescrevem⁸⁴¹ em sede da autarquia, por diversos motivos, inclusive por questões de responsabilidade dos próprios funcionários, conforme informação do Relatório de Auditoria da Controladoria-Geral da União, exercício de 2017:

⁸³⁷ A administração pública deve zelar também pelos princípios da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência.

⁸³⁸ Art. 128 § 2º: *Quando se tratar de penalidade de multa, o recurso de que trata o art. 127 terá efeito suspensivo quanto a esta penalidade.*

⁸³⁹ Art. 126. Parágrafo único: *O pagamento realizado no prazo disposto no caput contará com o desconto de trinta por cento do valor corrigido da penalidade, nos termos do art. 4º da Lei nº 8.005, de 1990.*

⁸⁴⁰ Um relatório da CGU mostrou que, em 2017, com a estrutura e métodos vigentes, o órgão federal ambiental precisaria de pelo menos 13 anos para conseguir instruir e julgar todos os processos administrativos que ainda estavam em andamento.

⁸⁴¹ Os prazos prescricionais aplicáveis às pretensões punitiva e executória associadas a infrações administrativas ambientais que, no contexto do IBAMA, são apuradas por meio de processo administrativo sancionador com fulcro na IN nº 10/2012, estão previstos na Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, bem como os seus respectivos termos iniciais e marcos interruptivos.

Cabe salientar que essa estrutura ineficiente é causa utilizada para justificar as prescrições dos processos de apuração de infrações ambientais. Em que pese a frágil estrutura poder ensejar, de fato, as prescrições processuais, verificou-se que não há apurações efetivas das responsabilidades e dos fatos que deram origem à prescrição, o que concorre para o risco de desvios éticos com a paralisação proposital dos processos apuratórios.

(...)

Por último, verificou-se que não há condições institucionais favoráveis à qualidade e à imparcialidade das decisões proferidas pelas autoridades julgadoras. Considerando que a atividade de julgamento é uma atividade vulnerável e típica de Estado, por meio do qual se exerce o poder de polícia, os normativos deveriam prever medidas e controles com o fim de mitigar e/ou evitar o risco de as pressões internas e externas à Autarquia interferirem na qualidade e no mérito das decisões técnicas, de forma a assegurar a autonomia dessa atividade no âmbito de todas as unidades do Ibama.

(...)

Ademais, o modelo utilizado não prevê quaisquer requisitos mínimos para designação das autoridades julgadoras e mecanismos de monitoramento de eventuais conflitos de interesse para a execução da atividade de julgamento.⁸⁴²

Conforme Decreto nº 6.514/08, as multas ambientais terão um valor mínimo de R\$ 50,00 e máximo de R\$ 50.000.000,00 (art. 9º). Importante salientar que as multas do referido decreto devem ser a regra para as legislações estaduais e municipais, e só poderão ter valores diferentes se forem mais restritivas que a legislação federal.

A valoração da multa ambiental é calculada pelo agente atuante, contudo esse valor não se vincula a decisão da autoridade julgadora, podendo em decisão motivada alterar seu valor de ofício ou por requerimento do atuado (art. 123). Podendo manter, minorar ou majorar seu valor, respeitando os limites estabelecidos no decreto.

A regra é que o valor da multa seja fixado sempre pelo seu valor mínimo quando não constarem do auto de infração ou dos autos do processo os motivos que determinem a sua elevação acima do piso. Para indicação ou consolidação da multa acima do limite mínimo deverá haver motivação no auto de infração, relatório de fiscalização ou na decisão da autoridade julgadora.

⁸⁴² BRASIL. Controladoria Geral da União (CGU). Relatório de Auditoria Anual de Contas Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama - exercício 2017. 2018. Disponível em: <https://auditoria.cgu.gov.br/download/11804.pdf>. [15-01-2019]

Segundo o art. 4º, o cálculo das multas deve ser baseado na gravidade⁸⁴³ dos fatos, com os motivos da conduta e suas consequências para a saúde pública e o meio ambiente; deve levar em conta os antecedentes do infrator quanto as normas ambientais; e a sua situação econômica.

Conforme o Relatório de Gestão do IBAMA, exercício de 2017, entre os anos de 2015 e 2017, o órgão aplicou, em média, 16,6 mil autos de infração/ano. Nesse contexto, o valor total das multas aplicadas foi, em média, de R\$ 3,8 bilhões/ano.

No entanto, um valor irrisório do montante de multas foi efetivamente quitado, representando, em 2017, um percentual de 0,3% (R\$ 9,6 milhões), correspondente a 11,38% dos autos de infração. Em relação à média histórica de arrecadação, segundo a autarquia, o valor é de 5% do valor, o que representa um terço das multas resultados dos autos quitadas. Esgotada a fase administrativa, o infrator poderá ainda acionar o Poder Judiciário, se ocorrer lesão ou ameaça de direito, com fulcro no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. José Rubens Morato Leite afirma:

A multa simples padece dos mesmos problemas afetos às demais infrações ambientais: se quantificada em valor ínfimo, mostra-se inócua. Não são muitas as infrações cujo valor atribuível às multas têm efeito dissuasório. Quando a dosimetria atinge valores significativos, é comum a sua redução nas vias judiciais, que muitas vezes se mostram mais sensíveis aos valores da livre iniciativa que aos valores ambientais. (grifo meu)⁸⁴⁴

Cerca de 127,2 mil processos de autos de infração seguem em discussão no âmbito judicial, Suely Araújo, presidente do IBAMA até o início de 2019, explica:

A postura dos infratores é realmente a de recorrer. O número [de recursos] é alto para uma equipe [com tamanho] aquém do que deveria. Esse foi um dos principais motivos do Ibama ter investido na conversão de multas a partir de 2017 — tentar mudar essa postura de recorrer. A ideia é colocar a cultura da conversão, para que o autuado prefira fazer a conversão de multa em vez de recorrer dela.⁸⁴⁵

⁸⁴³Art. 4º § 1º: *Para a aplicação do disposto no inciso I, o órgão ou entidade ambiental estabelecerá de forma objetiva critérios complementares para o agravamento e atenuação das sanções administrativas.*

⁸⁴⁴ LEITE, J. R. M., “Manual de Direito Ambiental”, Saraiva, São Paulo, 2015, p. 649.

⁸⁴⁵ LIBÓRIO, B., “Por que o Ibama arrecada só 5% das multas ambientais que aplica”. Disponível em: <<<https://aosfatos.org/noticias/por-que-o-ibama-arrecada-so-5-das-multas-ambientais-que-aplica/>>>. [10-01-2019]

A presidente da autarquia faz menção ao Decreto nº 9.179, de 23 de outubro de 2017, que instituiu o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente. Vale destacar que segundo o art. 2º, I da Instrução Normativa nº 6, de 15 de fevereiro de 2018, do IBAMA, conversão de multa é entendido como:

Procedimento especial para convalidação da multa consolidada em serviços de prestação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, a partir da conversão do valor pecuniário correspondente, observado o disposto nos arts. 139 a 148 do Decreto nº 6.514, de 2008, alterado pelo Decreto nº 9.179, de 2017, nos termos desta Instrução Normativa;⁸⁴⁶

Nesta conjuntura, Flavio Ahmed, coordenador do setor ambiental do Lobo & Ibeas Advogados, lembra que medida semelhante foi adotada no Rio de Janeiro na área ambiental, através de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), em que o Estado converteu multas em serviços ambientais, mediante parecer da sua Procuradoria: “Isto porque é de conhecimento geral o valor expressivo de multas que prescrevem, ou não são cobradas e, ao final, não revertem em favor dos cofres públicos muito menos na melhoria da qualidade ambiental”.⁸⁴⁷

3.2. Conversão de Multas Ambientais

A possibilidade do instituto da conversão de multas ambientais em serviços de preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente já estava presente no ordenamento jurídico ambiental antes de 2017, ano de promulgação do Decreto nº 9.179/17. O art. 139 do Decreto nº 6.514/08 e o art. 72, § 4º da Lei de Crimes Ambientais já previam a conversão, a saber: “a multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente”.

Percebe-se que foi concedida uma certa margem de discricionariedade ao aplicador da norma, propiciando-lhe sopesar todos os elementos necessários à análise do pedido. Portanto, a conversão da multa em prestação de serviço de preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental não figura direito

⁸⁴⁶ BRASIL. IBAMA. Instrução normativa nº 06 de 15 de fevereiro de 2019. Disponível em https://www.ibama.gov.br/phocadownload/conversao-de-multas-ambientais/2019/2019-02-01-IN06-2018_Atualizada.pdf [12-06-2019]

⁸⁴⁷ CONJUR. “Recuperação de Áreas: publicado decreto que converte multa ambiental em prestação de serviços”. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2017-out-24/publicado-decreto-converte-multa-ambiental-servico>>> [12-06-2019]

subjetivo do autuado, tendo que ser deferido mediante a demonstração do interesse e oportunidade da Administração Pública e no benefício ambiental direto gerado pela prestação⁸⁴⁸.

Para Meireles⁸⁴⁹, a discricionariedade é uma característica naturalmente associada ao poder de polícia, onde o Estado se utiliza do poder para efetivar restrições individuais em favor da coletividade. Ademais, afirma que a norma legal que confere este poder não pormenoriza o modo e as condições da prática do ato de polícia, sendo estes aspectos confiados ao prudente critério do administrador público⁸⁵⁰.

No entanto, não se trata de um instituto de índole totalmente subjetiva, visto que o administrador tem sua atuação fundamentada pelos normativos legais e princípios constitucionais aplicáveis. A percepção do agente público deve ir além do que prescrevem as leis propriamente ditas, valendo-se de um juízo de proporcionalidade e razoabilidade inferido da Constituição.

Nesse diapasão, Justen Filho⁸⁵¹ preleciona que a discricionariedade consiste no modo de disciplina normativa da atividade administrativa, caracterizada pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.

Ocorre que a discricionariedade, dita análise de conveniência e oportunidade, pertinente aos atos administrativos, entre os quais os do poder de polícia (inclusive, ambiental), e concedida aos administradores públicos pode exorbitar os critérios de proporcionalidade e razoabilidade aplicáveis, fazendo-se necessário o controle dos atos pelo Poder Judiciário. Nesse diapasão, têm-se os seguintes julgados dos Tribunais Regionais Federais da 2ª região (TRF-2) e 1ª região (TRF-1), respectivamente:

ADMINISTRATIVO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. APLICAÇÃO DE PENALIDADES. DISCRICIONARIEDADE DO IBAMA. MULTA POR MANTER ESPÉCIES DA FAUNA SILVESTRE EM CATIVEIRO. CONVERSÃO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MELHORIA E RECUPERAÇÃO DA QUALIDADE DO MEIO

⁸⁴⁸Esse entendimento fica expresso no art. 6º da IN nº 6/18 do IBAMA: a *conversão de multa é medida discricionária e será efetivada segundo os critérios de conveniência e oportunidade da Administração, observadas as disposições desta Instrução Normativa, não constituindo direito subjetivo do autuado.*

⁸⁴⁹ MEIRELLES, H. L., “Direito Administrativo Brasileiro”, 31 ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

⁸⁵⁰Esse é um dos motivos que gera divergência de entendimento quando questões ligadas a temática são levadas ao crivo do Poder Judiciário, como será visto nos julgados trazidos a seguir.

⁸⁵¹ JUSTEN FILHO, M., “Curso de Direito Administrativo”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

AMBIENTE. PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO AMBIENTAL.
RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE.

1. O IBAMA detém certa margem de discricionariedade quanto à aplicação das penalidades administrativas imputadas em decorrência do exercício do seu poder de polícia. Todavia, deve observar a correspondência entre a conduta e a sanção, bem como outras circunstâncias, de acordo com o que estabelece o art. 6º da Lei nº 9.605/98.

2. A legislação ambiental estabelece que a conversão da multa simples em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente é faculdade do IBAMA. Contudo, a discricionariedade do Administrador deve estar pautada nos princípios da Administração Pública, dentre os quais se inserem o da razoabilidade e o da proporcionalidade.

3. No caso, o valor da multa de R\$ 13.000,00 é excessivo diante da conduta praticada, considerando as circunstâncias e as condições sócio-econômicas do autor, pessoa hipossuficiente e de pouca escolaridade.

4. O fato de o autor ter eventualmente perdido o prazo para apresentação da proposta de prestação de serviços, conforme alega o IBAMA, não pode representar obstáculo intransponível para a aplicação de sanção mais razoável, proporcional e adequada ao caso. [...] ⁸⁵² (grifo meu)

(...)

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AUTO DE INFRAÇÃO. IBAMA. MANTER EM CATIVEIRO ESPÉCIES DA FAUNA SILVESTRE SEM DEVIDA AUTORIZAÇÃO. CONVERSÃO DA MULTA EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE.

[...]

3. Por sua vez, o art. 72, da mesma Lei n.º 9.605/1998, possibilita a conversão da multa em pena de prestação de serviço.

4. No caso, não se verifica a presença de elementos que indiquem ter sido a infração cometida para obtenção de vantagem pecuniária, ser o autor reincidente, ou a existência de qualquer outra agravante da conduta praticada. Tais circunstâncias, aliadas à condição de hipossuficiência do Autor, levam à conclusão de que a multa aplicada é excessiva e desproporcional, em especial porque pode comprometer a subsistência do infrator.

5. Correta a conversão da multa em prestação de serviço de melhoria e recuperação do meio ambiente. [...] ⁸⁵³. (grifo meu)

Tem-se também dois julgados do TRF-1, onde o Poder Judiciário, com base no panorama fático-probatório trazido aos autos, pondera que a conversão

⁸⁵² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) REEX: 201250010126737, Relator: Desembargador Federal Alexandre Libonati de Abreu, Data de Julgamento: 09/07/2014, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 28/07/2014.

⁸⁵³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) AC 0042500-11.2013.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 5/9/2016.

era a medida mais adequada a ser aplicada ao caso concreto e foi ignorada pela Administração Pública:

AMBIENTAL. IBAMA. AUTO DE INFRAÇÃO. MANTER EM CATIVEIRO PÁSSAROS DA FAUNA SILVESTRE. MULTA. CONVERSÃO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO AMBIENTAL. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...]

5. O artigo 72, § 4º, da mesma Lei 9.605/1998 e o citado Decreto 6.514/2008, artigo 139, possibilitam a conversão da multa em pena de prestação de serviço, mediante a averiguação do julgador.

6. As normas sobre a matéria permitem a conversão da multa em prestação de serviços, sendo medida mais adequada ao panorama fático-probatório trazido aos autos, tendo em vista a guarda doméstica de animais, as condições do infrator e as circunstâncias do evento que não apontam para a intenção de obter vantagens financeiras. (AC 0042500-11.2013.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 5/9/2016); (AC 0021112-28.2008.4.01.3800/MG, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes, filho, Quinta Turma, e-DJF1 de 12/11/2015). [...] ⁸⁵⁴ (grifo meu)

AMBIENTAL, ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. IBAMA. CRIAÇÃO DE PÁSSAROS EM CATIVEIRO. CADASTRAMENTO. INFRAÇÃO AMBIENTAL. LEI N. 9.605/98. APLICAÇÃO DE MULTA. CONVERSÃO EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. POSSIBILIDADE. APELAÇÃO DESPROVIDA. REMESSA OFICIAL NÃO CONHECIDA.

1. Discute-se a legalidade da aplicação de multa administrativa pelo IBAMA em virtude de se ter flagrado o autor na posse de espécimes (15) da fauna silvestre nacional em cativeiro sem a devida autorização. Tendo se buscado, alternativamente, a redução ou substituição da pena pecuniária pela prestação de serviços ambientais, a sentença acolheu este último pedido.

[...]

5. É possível a conversão da multa aplicada por violação a disposição da Lei n. 9.605/98 em prestação de serviço, consoante se afere do § 4º do art. 71 da Lei n. 9.605/98, do Decreto n. 3.179/99 (art. 2º, § 4º) e no Decreto n. 6.510/08 (Seção VII – Do Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente).

6. A possibilidade de conversão da multa em prestação de serviços ambientais (seria um poder-dever?) não exime o administrador do dever de fundamentar sua negativa. Se deixar de fazê-lo, é possível ao Judiciário, no

⁸⁵⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) TRF-1, Quinta Turma, AC 0050046-54.2012.4.01.3800/MG, Brasília, 28 de junho de 2017.

exercício de suas funções típicas, sanar a ilegalidade, analisando o cabimento ou não da conversão e a deferindo se presentes seus pressupostos.

7. Se hipossuficiente o atuado, não reincidente na infração ambiental, diminuto o número de pássaros apreendidos, inexistente prova de que tenham sido capturados na natureza, sofressem maus tratos, fossem destinados ao comércio ou à prática de contravenção penal, é possível a conversão da multa em prestação de serviço, o que, só por si, não retira o caráter educativo da medida infracional, ao contrário, reforça-o. [...] ⁸⁵⁵. (grifo meu)

No entanto, cabe registrar que nem sempre esse entendimento é mantido nos Tribunais Superiores, onde já houve reforma do julgado que converteu a multa simples em prestação de serviço, em sede do STJ, que deu razão a Administração Pública (autarquia ambiental), a saber:

[...] com razão o recorrente quanto a revisão nos critérios para aplicação da multa, bem como da possibilidade de convertê-la em prestação de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

É que, uma vez respeitados os parâmetros mínimo e máximo estabelecidos na legislação de regência para fixação da multa, o que, ao que se tem, ocorreu na espécie, não cabe ao Poder Judiciário substituir o administrador no exercício de seu poder discricionário acerca da conveniência e oportunidade da escolha da sanção a ser aplicada. [...]

Com efeito, o mérito do ato administrativo é o produto de um juízo de valor realizado pela autoridade pública, quanto às vantagens e consequências, as quais deverão ser levadas em conta como pressuposto da atividade administrativa. Assim, em se tratando de aplicação da multa por infração à legislação ambiental, não cabe ao Poder Judiciário intervir. (grifo meu) ⁸⁵⁶

Assim, entendeu o STJ que é o órgão do SISNAMA, com seu grau de discricionariedade técnica, em virtude do conhecimento que possui sobre a melhor forma de aplicar sanções administrativas, de modo a inibir condutas infracionais e a estimular a preservação ambiental, que deve escolher sobre a aplicabilidade da conversão. Sendo, portanto, vedado ao Poder Judiciário, interferir nessas opções de ordem administrativa e técnica inerente ao poder de polícia ambiental, sob pena de invadir competência própria do Poder Executivo (art. 2º da Constituição Federal). ⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) Quinta Turma, AC 0021112-28.2008.4.01.3800/MG, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 de 12/11/2015.

⁸⁵⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); Resp nº 1.233.484-RS; Rel. Ministro Hamilton Carvalhido; Data de julgamento: 09/02/2011. Disponível em: www.stj.jus.br [12-06-2019]

⁸⁵⁷ *São poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.* (grifo meu)

Outro julgado do STJ deixa claro que, dada a incontestável natureza discricionária da conversão, não cabe ao Poder Judiciário se imiscuir na esfera de competência da Administração Pública, aplicando solução diversa à encontrada pelo aplicador da norma (autarquia ambiental). Nesse sentido, o STJ decidiu:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AMBIENTAL. VIOLAÇÃO DO ART. 50 DA LEI N. 9.784/99. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO MOTIVADA DA MULTA. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 6º DA LEI N. 9.605/98. NÃO VERIFICADA. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE. PODER DISCRICIONÁRIO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO. INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO VALOR DA MULTA APLICADA. INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

(...)

4. Cabe ao administrador público, em virtude do seu poder discricionário, aferir a gravidade das condutas e a culpabilidade do agente, bem como a razoabilidade da sanção imposta, sendo, portanto, inviável que o Poder Judiciário venha a reduzir ou substituir a penalidade aplicada.

5. A alteração do entendimento exarado pelo acórdão recorrido, a fim de acolher a irresignação do recorrente, é inviável em sede de recurso especial, tanto pelas razões já expostas, como também por demandar, necessariamente, o revolvimento das circunstâncias fático-probatórias da causa, o que é vedado pela Súmula 7 desta Corte⁸⁵⁸. (grifo meu)

Pelos julgados trazidos, percebe-se que não há uma uniformidade de pensamento quanto aos limites do poder discricionário que, na presente análise, advém do poder de polícia ambiental. Esse fato somado a baixa arrecadação das multas aplicadas pela autarquia ambiental federal, propiciou a promulgação do Decreto nº 9.179/2017, que alterou os artigos 139 a 148 (Seção VII: Do Procedimento de Conversão de Multa Simples em Serviços de Preservação, Melhoria e Recuperação da Qualidade do Meio Ambiente) do Decreto nº 6.514/2008. O art. 139 ficou com a seguinte redação: “fica instituído o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas por órgãos e entidades da União integrantes do Sistema Nacional do Meio Ambiente – Sisnama”.⁸⁵⁹

⁸⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); AgRg no Ag nº 1.261.699/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/11/2010. Disponível em: www.stj.jus.br [12-06-2019]

⁸⁵⁹ Decreto 6.514 de 2008. Idem.

De acordo com a Portaria do IBAMA nº 20/2016, um dos objetivos da autarquia é *ampliar a efetividade do controle ambiental* por meio da promoção de “estratégias de controle e fiscalização ambiental que propiciem a dissuasão dos ilícitos e a efetiva recuperação de dano ambiental”⁸⁶⁰, texto inserido no anexo único desta portaria, que trata do Plano Estratégico do órgão para o ciclo 2016-2019. Logo após, em 2018, foi Programa de Conversão de Multas para Recuperação Ambiental Biênio 2019-2020⁸⁶¹.

O art. 140 traz o rol de serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente ações. Ademais, sendo resultante do poder discricionário do órgão ambiental federal sancionador, o julgamento de aceitação ou não da conversão deve ser realizado em decisão única, cabendo recurso hierárquico da decisão negatória, com fulcro no art. 145.

Vale destacar que o IBAMA editou a Instrução Normativa (IN) nº 06, de 15 de fevereiro de 2018⁸⁶², a fim de disciplinar as regras de conversão de multas em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente⁸⁶³, a fim de melhor delimitar essa discricionariedade intrínseca do poder de polícia. Quando a decisão for favorável, as partes celebrarão um termo de compromisso⁸⁶⁴, conforme art. 146, que “estabelecerá os termos da vinculação do autuado ao objeto da conversão de multa pelo prazo de execução do projeto aprovado ou de sua cota-parte no projeto escolhido pelo órgão federal emissor da multa”.

O art. 146, § 1º, III traz o prazo de vigência do compromisso que deve ser de no mínimo 90 dias e no máximo 10 anos, a depender da complexidade do caso concreto. Outros parágrafos do referido artigo (art. 146) trazem informações relevantes sobre as consequências da assinatura do termo, assim como a sua não observância do acordado.

⁸⁶⁰ BRASIL. IBAMA. Portaria 20 de 08 de agosto de 2016. Que aprova o Plano Estratégico do IBAMA para o ciclo 2016-2019. Disponível em: https://www.ibama.gov.br/phocadownload/institucional/plano_estrategico_ibama_2016-2019.pdf [13-06-2019]

⁸⁶¹ BRASIL. IBAMA. Programa Nacional de Conversão de Multas do IBAMA. Biênio 2019-2020. Disponível em https://www.ibama.gov.br/phocadownload/conversao-de-multas-ambientais/pncmi_bienio_2019-2020.pdf [13-06-2020]

⁸⁶² Modificada pelas IN nº 10, de 05 de abril de 2018; IN nº 18, de 10 de agosto de 2018; IN nº 22, de 15 de outubro de 2018; IN nº 29, de 27 de dezembro de 2018; IN nº 05, de 31 de janeiro de 2019; e IN nº 07 de 15 de fevereiro de 2019.

⁸⁶³ Conforme preleciona o art. 148 do Decreto nº 6.514/08.

⁸⁶⁴ Art. 2º, XIV da IN nº 6/18: termo de compromisso é o *instrumento que estabelece os termos da vinculação do autuado ao objeto da conversão de multa conduzida pelo Ibama pelo prazo de execução do projeto aprovado, ou de sua cota-parte, envolvendo também, no caso da conversão indireta, a organização executora cujo projeto foi selecionado.*

Ademais, sendo favorável a conversão de multas em serviços ambientais, essa pode ocorrer em duas modalidades, direta (inciso I) e indireta (inciso II), e beneficiar projetos desenvolvidos por entidades públicas e privadas, conforme art. 142-A.

Portanto, conforme pode extrair do texto normativo, na conversão direta, o próprio autuado apresenta o projeto⁸⁶⁵ para aprovação da autarquia federal ambiental. Em relação aos custos, o art. 143, § 2º, I, a autoridade ambiental aplicará desconto de 35% sobre o valor da multa consolidada.

Na conversão indireta, o autuado passa a responder por cotas de projetos⁸⁶⁶ estruturantes previamente selecionados pelo IBAMA mediante chamamento público. Em relação aos custos envolvidos, o art. 143, § 2º, II, a autoridade ambiental aplicará desconto de 60% sobre o valor da multa consolidada. Ademais, o valor consolidado nominal da multa poderá ser parcelado em até 24 parcelas mensais e sucessivas, sobre as quais incidirá reajuste mensal com base na variação do IPCA (Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo).

Em relação ao chamamento público, o art. 140-A preleciona que:

Art. 140-A. Os órgãos federais de que trata esta Seção poderão realizar chamadas públicas para selecionar projetos apresentados por órgãos e entidades, públicas ou privadas, sem fins lucrativos, para execução dos serviços de que trata o art. 140, em áreas públicas ou privadas.

Parágrafo único. As chamadas públicas previstas no caput poderão ser realizadas de forma conjunta pelos órgãos federais de que trata a presente seção. (grifo meu)

Portanto, somente serão consideradas elegíveis para concorrerem ao(s) chamamento(s) público(s) organizações da sociedade civil sem fins lucrativos, enquadradas no art. 2º, I, a da Lei nº13.019, de 31 de julho de 2014.

Salienta-se que o primeiro chamamento público (Chamamento Público nº 01/2018 – Chamadas I e II) visou selecionar projetos de recomposição da vegetação nativa de nascentes e de áreas marginais aos corpos d'água e de

⁸⁶⁵ Art. 2º, IV da IN nº 6/18, o projeto de conversão de multas ambientais de execução direta é o *projeto apresentado e executado, por meios próprios, pelo autuado, de serviço de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente, de acordo com as diretrizes, os parâmetros e as prioridades estabelecidos no PNCMI e no PECMI.*

⁸⁶⁶ Art. 2º, V da IN nº 6/18, o projeto de conversão de multas ambientais de execução indireta é o *projeto apresentado por terceiro, organização pública ou privada sem fins lucrativos, selecionado pelo Ibama por meio de chamamento público, que receberá adesão integral ou na forma de cota-parte, de autuados que optarem pela execução indireta, na forma do art. 140-A do Decreto nº 6.514, de 2008, alterado pelo Decreto nº 9.179, de 2017, de acordo com as diretrizes, os parâmetros e as prioridades estabelecidos no PNCMI e no PECMI.*

intervenções necessárias à promoção da infiltração pluvial em áreas de recarga de aquíferos na bacia do Rio São Francisco (Chamada I); e Projetos de adaptação às mudanças climáticas e convivência sustentável com a semiaridez na bacia do rio Parnaíba, por meio da implementação de Unidades de Recuperação de Áreas Degradadas (Chamada II).

O segundo chamamento público, em vigência até 17 de maio de 2019, visa selecionar projetos para restauração da Mata Atlântica em Santa Catarina, com ênfase no aumento das populações de araucária, imbuia, canela-preta e xaxim, espécies ameaçadas de extinção e sujeitas à exploração intensa na região sul brasileira.

Sobre o momento da solicitação do instituto pelo atuado, o art. 142 preceitua que esse pode ser requerido “até o momento da sua manifestação em alegações finais, na forma estabelecida no art. 122”⁸⁶⁷. Portanto, como regra, a conversão pode ser requerida até o fim do julgamento em primeira instância.

No entanto, têm-se as regras de transição descritas no art. 76 da IN nº 6/18 do IBAMA.

Art. 76. A pessoa física ou jurídica atuada até a data de publicação desta Instrução Normativa poderá requerer conversão de multa nos moldes do Decreto nº 6.514, de 2008, alterado pelo Decreto nº 9.179, de 2017, ou adequar pedido anteriormente feito, mesmo que superada a fase de alegações finais do processo sancionador, observados o prazo e as condições estabelecidos neste artigo.

§ 1º O atuado deverá manifestar interesse pela conversão até o dia 31 de dezembro de 2019, indicando a opção pela modalidade direta ou indireta, independentemente da apresentação de projeto, em documento dirigido à autoridade competente para julgamento do auto de infração ou recurso hierárquico.

§ 2º Formalizada a manifestação prevista no § 1º e acatada preliminarmente, à luz do art. 9º, incisos I e II do caput, do art. 10, caput e parágrafo único, incisos I a VI, e do art. 11, incisos I a III do caput, fica sobrestado o julgamento, sem prejuízo da instrução processual, até:

I - a conclusão do processo de seleção de projetos por meio do primeiro chamamento público de projetos para conversão indireta realizado pelo Ibama sede, no caso de opção pela conversão indireta de atuados que atendam aos requisitos do art. 27; ou

II - a conclusão do PNCMI e do PECMI, nos demais casos.

§ 3º Na hipótese do inciso I do § 2º, após a conclusão do processo de seleção,

⁸⁶⁷Art. 7º, caput da IN nº 6/2018 do IBAMA. Idem.

serão retomados os ritos estabelecidos nesta Instrução Normativa para a conversão indireta.

§ 4º Após a conclusão do PNCMI e do PECMI, o atuado que optar pela conversão direta deverá, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, apresentar o respectivo projeto, o qual será analisado nos termos desta Instrução Normativa.

§ 5º Se o primeiro PECMI não incluir previsão de chamamento público de projetos para conversão indireta, o atuado não abrangido pelo art. 27 terá oportunidade de alterar a opção indicada na forma do § 1º para a modalidade direta, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, em manifestação que deverá estar acompanhada do respectivo projeto.

§ 6º As manifestações de interesse dirigidas às autoridades julgadoras de segunda instância administrativa serão apreciadas em grau revisional, nos termos do art. 65 da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, desde que o julgamento do recurso hierárquico, motivado pelo risco da prescrição da pretensão punitiva, tenha ocorrido antes de superado o prazo previsto no § 1º.

§ 7º Não será admitida conversão de multa que já esteja definitivamente constituída.

§ 8º As regras previstas neste artigo estendem-se às pessoas físicas ou jurídicas atuadas após a entrada em vigor desta Instrução Normativa, até a conclusão das condições previstas nos incisos I e II do § 2º, não se aplicando o prazo de 180 (cento e oitenta) dias previsto no § 1º.

Todavia, para processos, que tenham como objeto multas aplicadas a pessoas físicas e jurídicas até 16/02/2018, a conversão das multas ou adequação do pedido anteriormente feito poderão ser requeridas, mesmo que superada a fase de alegações finais, em documento dirigido à autoridade competente para julgamento do auto de infração ou do recurso hierárquico. Ademais, segundo a leitura do § 7º, não será admitida conversão de multa se esta já foi definitivamente constituída como crédito público (sem possibilidade de recurso administrativo).

Os incisos do art. 10 da Instrução traz o rol de possibilidades de indeferimento de pedido de conversão. Percebe-se que há uma vasta subjetividade - o inciso VI, a título de exemplo, sobre as possibilidades de indeferimento em casos concretos, o que pode gerar insegurança jurídica, conforme já debatido. Já o art. 11 traz as possibilidades onde não caberá a conversão.

Neste contexto, vale destacar que o referido parágrafo único e a nova redação do art. 148 do Decreto nº 6.514/08 não trazem mais a regra de restrição para sucessivas conversões e firmaturas de termo de compromisso pelo mesmo atuado pelo prazo de 5 anos. Apenas nos casos descritos nos incisos IV e V impedem novas conversões no referido lapso temporal.

Ademais, segundo art. 11, I da IN e a nova redação do art. 141 do Decreto nº 6.514/08, “não caberá conversão de multa para reparação de danos decorrentes das próprias infrações”, a fim de que não haja sobreposição da responsabilização ambiental que é tríplice.

Nesse diapasão de independência entre as responsabilidades ambientais, a conversão não desobriga o autuado do dever de reparar integralmente os danos decorrentes das infrações que resultaram na autuação, conforme art. 143, § 1º do Decreto nº 6.514/08. Trata-se de uma evolução, pois a antiga redação do art. 140, I do Decreto nº 6.514/08 previa a “execução de obras ou atividades de recuperação decorrentes da própria infração” no rol de projetos de serviços ambientais. Sobre as modificações trazidas pelo Decreto nº 6.514/08 e IN nº 6/18, a Presidente do IBAMA comenta:

Uma das principais contribuições para o País trazidas pela gestão do ministro Sarney Filho, não há dúvida, é a elaboração e aprovação do Decreto nº 9.179/2017, que institui o Programa de Conversão de Multas Ambientais emitidas pelos órgãos ambientais federais. A conversão de multas não é ferreamento nova. A autorização para sua aplicação está estabelecida expressamente na Lei de Crimes Ambientais, desde 1998. A conversão foi aplicada pelo Ibama até 2012, quando foi suspensa essa possibilidade, até que fosse regulamentada sob novas bases. Havia problemas como a falta de regras claras para o direcionamento dos recursos e a dificuldade de controle de grande número de empreendimentos esparsos.

Corrigiu-se, dessa forma, problema constante no decreto anterior, que mesclava conversão e reparação civil, e também admitia conversão mediante a mera regeneração natural da vegetação. Nessa perspectiva, aumentou-se o rigor ambiental da aplicação da conversão.

Os órgãos ambientais federais pretendem firmar a cultura da conversão de multas no País. Substituem-se infundáveis recursos administrativos e judiciais que levam ao não pagamento – e à atenuação do poder dissuasório das multas – por ações concretas em benefício do meio ambiente. (grifo meu)

868

Desde a promulgação do Decreto nº 9.179/2017, conforme pretensão das autarquias federais ambientais, pelas palavras da Presidente do IBAMA, a política de conversão de multas ambientais tem se difundido para os diversos Estados.

⁸⁶⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Relatório de Gestão do Ministério do Meio Ambiente - maio de 2016 a abril de 2018. Revista do Ministério do Meio Ambiente: o Brasil sustentável, v. 1 n. 1, abril/2018. 2018. p. 122 Disponível: http://mma.gov.br/images/arquivos/biomatas/mata_atlantica/relatorio-gestao-2016-2018_web.pdf. [12-02-2019]

Finalmente, a título de conhecimento, apesar de ainda estar em *vacatio legis* de 180 dias, o Decreto nº 9.760, de 11 de abril de 2019, em sua redação traz modificações no Decreto nº 6.514/08, inclusive em partes que foram alteradas pelo Decreto nº 9.179/2017. O cerne da normativa é a criação do Núcleo de Conciliação Ambiental (NCA), em esfera administrativa, que pretende estimular a conciliação, “com vistas a encerrar os processos administrativos federais relativos à apuração de infrações administrativas por condutas e atividades lesivas ao meio ambiente”. Trata-se de um tema controverso, mesmo antes da sua vigência, tendo sido elaborado um Projeto de Decreto Legislativo 114/19 para sustar o efeito do referido decreto.

CONCLUSÃO

A preocupação com o meio ambiente, como comentado, ganhou repercussão mundial a partir da década de 1970. Nessa tendência, o Brasil, promulgou em 1981, a Lei nº 6.938, que instituiu a sua PNMA.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente ganhou status de direito fundamental e, segundo a redação do art. 225, caput, é bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida. Mais do que isso, é imposto um Pacto Intergeracional, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo.

Apesar do Direito Ambiental ter o Princípio da Prevenção como norteador, nas últimas décadas tem-se observado um enfraquecimento (ou flexibilização) dos instrumentos preventivos da PNMA, como o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras. Poucas ações são vistas no sentido da implementação eficiente da Política Nacional de Educação Ambiental. Ademais, Ação Civil Pública e Ação Popular, remédios constitucionais, que agem como instrumentos preventivos e corretivos, são pouco eficientes por conta de um judiciário lento.

Percebe-se que há uma maior tendência, legislativa e jurisprudencial, no contexto de reparação dos danos ambientais. Nesse diapasão, a título de exemplo, cita-se o Informativo nº 908 do STF, a 2ª Turma, em junho de 2018, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, entendeu pela repercussão geral em Recurso Extraordinário 654.833.

A discussão da imprescritibilidade da reparação do dano ambiental, que atualmente, está no STF, já é o entendimento dominante do STJ (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.421.163-SP). Segundo os precedentes do

Superior Tribunal, a reparação civil ambiental estaria sob o manto da imprescritibilidade pela natureza do bem jurídico envolvido.

Ademais, a própria política pública de conversão de multas ambientais em serviços de preservação, melhoria e recuperação do meio ambiente, tema do presente trabalho, tem uma visão reparadora, ao invés de preventiva. Apesar de ser uma ferramenta possível no ordenamento jurídico desde a Lei de Crimes Ambientais, sua operacionalidade começou a ser mais presente a partir da promulgação do Decreto nº 9.179/2017.

A iniciativa é uma tentativa de mudança de paradigma, visto que os recursos administrativos e judiciais, que postergam o pagamento, e, consequentemente reduzem o poder de dissuasão das multas ambientais, serão substituídos por ações concretas em benefício do meio ambiente.

Ademais, segue a tendência de implementação de meios alternativos de solução de conflitos, onde as partes tentam buscar uma melhor solução ao caso concreto. Tem-se o abandono do processo sancionador do órgão ambiental, por meio do entendimento entre as partes.

Apesar de ter viés reparador, a aludida política só será eficiente se conseguir, evitar que o infrator cometa novas infrações, e promova a redução dos passivos ambientais, por meio da implementação dos projetos de serviços e melhorias ambientais. No entanto, ainda é cedo para tecer comentários sobre a efetividade da política.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANTUNES, P. B., “Dano ambiental: uma abordagem conceitual”, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000.

ANTUNES, P. B., “Direito Ambiental”, 8. Ed, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2005.

BENJAMIN, A. H.; CANOTILHO, J. J. G.; LEITE, J. R. M. (coords). “Direito Constitucional Ambiental brasileiro”, Saraiva, São Paulo, 2007.

BENJAMIN, A. H., “Função Ambiental”. In: BENJAMIN, A. H. (coord.), “Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

BRASIL. Controladoria Geral da União (CGU). Relatório de Auditoria Anual de Contas Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais

Renováveis - Ibama - exercício 2017. 2018. Disponível em: <<https://auditoria.cgu.gov.br/download/11804.pdf>>. [15-01-2019]

BRASIL. Decreto 6.514 de 22 de julho de 2008. Dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, e dá outras providências. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [12-06-2019]

BRASIL. Decreto 9.179 de 23 de outubro de 2017. Altera o Decreto n o 6.514, de 22 de julho de 2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente e estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações, para dispor sobre conversão de multas. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

BRASIL. IBAMA. Instrução normativa n° 06 de 15 de fevereiro de 2019. Disponível em <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/conversao-de-multas-ambientais/2019/2019-02-01-IN06-2018_Atualizada.pdf>> [12-06-2019]

BRASIL. IBAMA. Portaria 20 de 08 de agosto de 2016. Que aprova o Plano Estratégico do IBAMA para o ciclo 2016-2019. Disponível em: <https://www.ibama.gov.br/phocadownload/institucional/plano_estrategico_ibama_2016-2019.pdf> [13-06-2019]

BRASIL. IBAMA. Programa Nacional de Conversão de Multas do IBAMA. Biênio 2019-2020. Disponível em: <<https://www.ibama.gov.br/phocadownload/conversao-de-multas-ambientais/pncmi_bienio_2019-2020.pdf>> [13-06-2020]

BRASIL. Lei 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: <www.planalto.gov.br> [12-06-2019]

BRASIL. Lei 6.938 de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [11-06-2019]

BRASIL. Lei 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. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [12-06-2019]

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente (MMA). Relatório de Gestão do Ministério do Meio Ambiente - maio de 2016 a abril de 2018. Revista do Ministério do Meio Ambiente: o Brasil sustentável, v. 1 n. 1, abril/2018. 2018. p. 122 Disponível: http://mma.gov.br/images/arquivos/biomas/mata_atlantica/relatorio-gestao-2016-2018_web.pdf. [12-02-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) REsp 1.115.078-RS, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 24/3/2010. Disponível <http://www.stj.jus.br/sites/STJ> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ) REsp: 1.686.210 RN 2017/0176929-6, Relator: Ministro Gurgel de Faria, data de publicação: DJ 03/10/2018. Disponível em: <<<http://www.stj.jus.br/sites/STJ>>> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); AgRg no Ag nº 1.261.699/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 26/11/2010. Disponível em: <<www.stj.jus.br>> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ); Resp nº 1.233.484-RS; Rel. Ministro Hamilton Carvalhido; Data de julgamento: 09/02/2011. Disponível em: <<www.stj.jus.br>> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Jurisprudência em Teses. Direito Ambiental. Disponível em: http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Resp: 1.263.904 PR 2011/0155722-5, rel.: Ministra Assusete Magalhães, Data da Publicação: DJ 22/02/2018. Disponível: <<<http://stj.jus.br/>>> [12-06-2019]

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 467. Primeira Seção, julgado em 13/10/2010, DJe 25/10/2010 Disponível em: <<[http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%20467\).sub.>>](http://www.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%20467).sub.>>) [12-06-2019]

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (STF). REsp 1.071.741-SP. 2ª Turma. Rel. Min. Herman Benjamin. Brasília. DJ 16/12/2010. Disponível em: <<<http://www.stf.jus.br>>> [12-06-2019]

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) AC 0042500-11.2013.4.01.3800/MG, Rel. Desembargador Federal Kassio Nunes Marques, Sexta Turma, e-DJF1 de 5/9/2016.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1) Quinta Turma, AC 0021112-28.2008.4.01.3800/MG, Rel. Juiz Federal Evaldo de Oliveira Fernandes Filho, e-DJF1 de 12/11/2015.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região (TRF-1), Quinta Turma, AC 0050046-54.2012.4.01.3800/MG, Brasília, 28 de junho de 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região (TRF-2) REEX: 201250010126737, Relator: Desembargador Federal Alexandre Libonati de

Abreu, Data de Julgamento: 09/07/2014, Sétima Turma Especializada, Data de Publicação: 28/07/2014.

CONJUR. “Recuperação de Áreas: publicado decreto que converte multa ambiental em prestação de serviços”. Disponível em: <<<https://www.conjur.com.br/2017-out-24/publicado-decreto-converte-multa-ambiental-servico>>> [12-06-2019]

FENSTERSEIFER, T., “Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico-constitucional do Estado Socioambiental de Direito”. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2008.

FIGUEIREDO, G. J. P., “Curso de Direito Ambiental”, 6 ed., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

FIORILLO, C. A. P., “Curso de Direito Ambiental Brasileiro”, Saraiva, São Paulo, 2008.

JUSTEN FILHO, M., “Curso de Direito Administrativo”, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.

LAZZARINI, Á., “Sanções administrativas ambientais”, Revista de Informação Legislativa, Brasília a. 34, n. 134, abr./jun., 1997.

LEITE, J. R. M.; AYALA, P. A., “Dano Ambiental. Do individual ao coletivo extrapatrimonial”. Teoria e Prática. 6. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2014.

LEITE, J. R. M., “Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial”, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000.

LEITE, J. R. M., “Manual de Direito Ambiental”, Saraiva, São Paulo, 2015.

LIBÓRIO, B., “Por que o Ibama arrecada só 5% das multas ambientais que aplica”. Disponível em: <<<https://aosfatos.org/noticias/por-que-o-ibama-arrecada-so-5-das-multas-ambientais-que-aplica/>>>. [10-01-2019]

MEIRELLES, H. L., “Direito Administrativo Brasileiro”, 31 ed., Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

MILARÉ, É., “Direito do Ambiente”. Doutrina prática jurisprudência glossário, 2 ed. rev., ampl. e atualiz., RT, São Paulo, 2001.

MILARÉ, É., “Direito do ambiente: a gestão ambiental em foco: doutrina, jurisprudência, glossário”, 7. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2011.

MILARÉ, É., “Reação jurídica à danosidade ambiental: contribuição para um delineamento de um microssistema de responsabilidade”. 380 f. Tese (Doutorado em Direito), Programa de Estudos Pós-Graduandos em Direito. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

SILVA, J. A., “Direito ambiental constitucional”, 5. ed., Malheiros, São Paulo, 2004.

SILVA, R. F. T., “Manual de Direito Ambiental”, 9 ed., JusPODIVM, Salvador, 2019.

A MOBILIDADE URBANA COMO INSTRUMENTO VIABILIZADOR DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

PORTO, Paola de Andrade

Doutora em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil,
paolaporto@id.uff.br

LOPES FILHO, Ozéas Corrêa

Doutor em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF) Niterói, Brasil, *olopes@id.uff.br*

RESUMO

É cada vez mais comum que a mobilidade urbana obtenha atenção acadêmica nas ciências humanas, não somente por representar um direito social, como também um direito de acesso aos demais direitos fundamentais básicos. Os modos de deslocamentos nas cidades se mostraram ineficientes e, no intuito de alterar essa realidade, proporcionando uma mobilidade urbana mais acessível e sustentável, uma série de modificações nas políticas públicas urbanas e viárias foram feitas nas principais cidades do mundo. O Brasil, em 2012, editou o Estatuto da Mobilidade Urbana; todavia, pouco se fez para implementar as diretrizes que este Estatuto prevê, mantendo um cenário de uma mobilidade urbana precária. O objeto central dessa pesquisa é entender as razões da não efetivação das políticas públicas estabelecidas legalmente que buscam viabilizar o direito à mobilidade e o acesso aos direitos fundamentais basilares.

Palavras-chaves: direitos fundamentais; mobilidade urbana; cidades urbanas; acesso ao direito.

RESÚMEN

Es cada vez más común que la movilidad urbana obtenga una atención académica en las ciencias humanas, no sólo por representar un derecho social, sino también un derecho de acceso a los demás derechos fundamentales básicos. Los modos de desplazamiento en las ciudades se mostraron ineficientes y, con el fin de cambiar esa realidad, proporcionando una movilidad urbana más accesible y sostenible, una serie de modificaciones en las políticas públicas urbanas y viales se realizaron en las principales ciudades del mundo. Brasil en el año 2012 editó el Estatuto de la Movilidad Urbana, sin embargo, poco se hizo para implementar las

directrices que este Estatuto prevé, manteniendo un escenario de una movilidad urbana precaria. El objeto central de esta investigación es entender las razones de la no efectividad de las políticas públicas establecidas legalmente que buscan viabilizar el derecho a la movilidad y el acceso a los derechos fundamentales básicos.

Palabras-clave: derechos fundamentales; movilidad urbana; ciudades urbanas; acceso al derecho.

ABSTRACT

It is increasingly common for urban mobility to obtain academic attention in human science, not only because it represents a social right, but also a right of access to other basic fundamental rights. Displacement modes in cities proved to be inefficient and, in order to change that reality by providing more accessible and sustainable urban mobility, a number of changes in urban and road public policies were made in the major cities of the world. Brazil in 2012 edited the Urban Mobility Statute, however, little was done to implement the guidelines that this Statute provides, maintaining a scenario of precarious urban mobility. The central objective of this research is to understand the reasons for not implementing legally established public policies that seek to make the right to mobility feasible and access to basic fundamental rights.

Key-words: Fundamental rights; urban mobility; urban cities; access to the law.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. DESENVOLVIMENTO; 1. O direito à cidade e à mobilidade; 2. O cenário que se apresenta: a mobilidade nas cidades urbanas; 3. Mudanças legislativas para viabilizar direitos fundamentais; 4. Condições objetivas e subjetivas para consecução dos direitos fundamentais; 5. Contradições performativas para viabilização dos direitos fundamentais; CONCLUSÃO; REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

*Se as coisas são inatingíveis – ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos se não fora
A mágica presença das estrelas*
Mário Quintana

I. INTRODUÇÃO

Direito à liberdade, à saúde, à educação, dentre tantos outros direitos fundamentais elencados nos tratados internacionais e internalizados em muitas nações, também se consolidou positivado na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, constituindo o alicerce e base dos Estados contemporâneos, fundados no estado democrático de direito. Mais do que um manifesto político, os direitos fundamentais positivados e garantidos na Carta Magna de cada país devem ter sua eficácia jurídica aplicada à realização efetiva daquilo que o comando normativo orienta. Muito embora seja comumente a discussão doutrinária sobre as extensões ou não das eficácias jurídicas de cada dispositivo constitucional que disciplinam os direitos fundamentais, a proposta desse estudo se restringe a investigar as possibilidades de se efetivarem esses direitos fundamentais por intermédio de políticas públicas voltadas para a mobilidade urbana.

No que se refere ao direito à mobilidade urbana, como o próprio título do trabalho sugere, em que pese estar inserido no rol de direitos fundamentais, além desta conotação finalística, também será entendido como direito a ter acesso aos demais direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Justifica-se a pesquisa, tendo em vista a relevância dos atuais e dos (já previstos) futuros problemas que os indivíduos enfrentarão nas cidades por conta de um modelo de mobilidade há muito praticado que se mostrou deficiente, seja pelo mal planejamento, gestão política que priorizou o transporte individual em detrimento do transporte coletivo, seja pelo simples adensamento desordenado nas cidades urbanas, que, desde 2016, já conta com cerca de 4 bilhões de pessoas pelo mundo vivendo em áreas urbanas. Por óbvio, o saturado modelo mobilidade baseado na preponderância de transporte individual motorizado também se mostrou nocivo à própria sustentabilidade ambiental.

Quanto aos problemas de mobilidade urbana que as cidades urbanas já estão enfrentando, o Brasil, seguindo uma tendência mundial, editou uma série de legislações, como a Lei nº 12.587/2012 (Estatuto da Mobilidade Urbana)⁸⁶⁹, que traz diretrizes bem distintas daquelas que vinham sendo praticadas, citando-se, como exemplo, a inversão da lógica de investimentos e prioridades nos modos de transportes, colocando, no ponto de partida, o transporte não motorizado

⁸⁶⁹ BRASIL. Lei Federal nº. 12.587 de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

sobre o motorizado e, em seguida, quanto ao transporte motorizado, o transporte coletivo como prioridade ao transporte individual. A *mens legis* é que o direito fundamental à mobilidade sustentável ou acesso aos demais direitos por intermédio da mobilidade seja oportunizado a todos. Contudo, em sua aplicabilidade prática, apesar de ter 7 anos de sua edição, poucas ações públicas efetivamente foram implementadas; por outro lado, a própria sociedade ainda se mostra resistente a cumprir tais diretrizes.

A metodologia da pesquisa versará na análise dos conceitos das terminologias cidade urbana, mobilidade, sustentabilidade e de sua relação com alguns dos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente, contando também com a discussão a respeito das condições de possibilidade para se efetivarem os direitos fundamentais, seja através das legislações vigentes, seja pela consecução das políticas públicas.

II. DESENVOLVIMENTO

1. O direito à cidade e à mobilidade

O Estado moderno assim compreendido como um Estado prestador de serviços, garantidor de direitos fundamentais se diferencia dos modelos de Estado que o antecederam em uma série de características que, ao longo dos séculos, foram se moldando aos reclamos das sociedades. Nesse contexto, as necessidades também se alteraram na medida que as configurações físicas, espaciais em que os indivíduos se encontravam também se modificaram. O incremento da tecnologia, do motor, da indústria e outros elementos contribuíram para esse desencaixe da sociedade⁸⁷⁰, alterando não somente suas concepções sociológicas, como também estruturas físicas no espaço onde se fixam.

O êxodo populacional e a transformação das áreas rurais para as áreas urbanas redefiniram o conceito de cidade e, para essa investigação, será atribuído como algo além da junção de povo mais território, limitada numa linha imaginária gerida por uma administração política. As cidades que aqui se referem, dizem respeito às pessoas, às vidas, aos indivíduos que fazem coisas, que se movimentam, que possuem direitos, inclusive, o direito a ter acesso aos demais direitos,

⁸⁷⁰ GIDDENS, A., “As consequências da modernidade”, Tradução de Raul Fiker, Editora UNESP, São Paulo, 1991.

indivíduos que, juntos, formam a sociedade⁸⁷¹.

- Cidade – Conjunto de redes físicas, paisagem produzida, processo de valorização em função da paisagem e do imaginário concreto. Acumulação decorre do concreto e do visível.

- Urbano – Complexo significativo. Não concordo com o nome Ministério das Cidades, porque cidade pressupõe acumulação de capitais. Cidade é o mundo da forma, da materialidade. O urbano é o complexo significativo da expressão territorial do modo de produção, é abstrato, mundo das funcionalidades – é a expressão da dominação, mas pode ser também da libertação⁸⁷².

As pessoas que vivem nessas cidades, trabalham, se alimentam, adoecem, criam expectativas, buscam direitos, se organizam espacialmente e se movimentam, assim como o geógrafo brasileiro Milton Santos o define:

(...) a cidade constituiu uma forma particular de organização do espaço, uma paisagem e, por outro lado, presidente das relações de um espaço maior, em seu redor, que é a sua zona de influência; (...) a cidade é, antes de tudo, definida por suas funções e por um gênero de vida, ou, mais simplesmente, por uma certa paisagem, vida e os elementos menos visíveis, mas inseparáveis da noção de “cidade”⁸⁷³.

O direito a esse movimento, à mobilidade e ao ir e vir positivado como direito social na Constituição de 1988⁸⁷⁴, através da inserção da palavra “transporte” pela Emenda n.º 90 em 2015, consagrou-se como direito finalístico, que, por si só, já autoriza reclamação de sua eficácia quando se apresenta ineficaz. E, nesse ponto, vale conceituar o termo eficácia ao que se pretende contextualizar como “um atributo associado aos enunciados normativos e consiste naquilo que se pode exigir, judicialmente se necessário, com fundamento em cada um deles”⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ PORTO, P. A. P., “A metrópole em movimento: uma análise sob a perspectiva democrática da mobilidade urbana na Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2018.

⁸⁷² SILVA, C. A. et al., “Metrópole: governo, sociedade e território” In: SILVA, C. A.; FREIRE, D. G.; OLIVEIRA, F. J. G., Faperj, Rio de Janeiro, 2006, pp. 36.

⁸⁷³ SANTOS, M., “A cidade como centro de região: definições de métodos de avaliação da centralidade, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1959, pp. 7.

⁸⁷⁴ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

⁸⁷⁵ BARCELLOS, A. P., “A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”, 3 ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011, pp.75.

Sobre a mobilidade urbana, conceitua-se como o deslocamento de pessoas, animais e bens, isto é, o direito de ir e vir, assim como também o direito de ter acesso aos demais direitos, de receber a encomenda (bens, carga) em condições salubres e dentro do prazo de validade, no direito de conseguir caminhar pela calçada em segurança e confortavelmente, sem obstáculos e perigos de chegar aos estabelecimentos públicos e privados e deles conseguir sair. Inclusive, alguns autores utilizam a expressão *acessibilidade*, alegando que esta palavra englobaria o conceito de mobilidade. Desta forma, o termo *mobilidade* estaria adstrito a questões viárias ou de transporte propriamente dito e a palavra *acessibilidade* seria mais abrangente, significando todas as questões conexas ao direito de ir e vir. Todavia, neste trabalho, as palavras mobilidade e acessibilidade serão consideradas como sinônimas ao que se pretende discutir.

Sobre as questões conexas mencionadas, a mobilidade se apresenta como um direito, meio, um instrumento com o fito de se atingirem os demais direitos garantidos constitucionalmente, assim como o direito à liberdade, à saúde, ao meio ambiente sustentável etc., Nesse diapasão, justifica-se inclusive o próprio título desse trabalho – a mobilidade urbana, além de ser um direito fundamental, deve ser entendida como um instrumento viabilizador dos demais direitos fundamentais. O problema se apresenta quando esse movimento cessa ou simplesmente torna-se precário, colocando-se como limitador prático para obtenção dos demais direitos.

Mais do que uma noção de senso comum, quando individualmente percebemos que esta ou aquela cidade possui problemas de mobilidade no simples ato de se deslocar, para se definir se há uma boa ou má mobilidade urbana normalmente se realiza uma análise do conjunto de modalidades de transportes disponíveis para uma determinada população e a partir da avaliação de vários índices, tais como: o tempo de deslocamento, as condições de salubridade, o risco ambiental, a qualidade, a quantidade de oferta, o conforto e a segurança, dentre outros, com os quais se determinará se há condições favoráveis ou não, e quais os graus de dificuldade desse deslocar. Nesse ponto, estudos nesse sentido não faltam, sejam no âmbito interno ou internacional. O fato é que o Brasil está sempre presente nos rankings das localidades com as mais precárias mobilidades urbanas.

2. O cenário que se apresenta: a mobilidade nas cidades urbanas

Três capitais brasileiras aparecem na lista de 10 cidades do mundo que mais sofrem com trânsito. (...) Por ano, os motoristas do Rio gastam 165 horas

da vida em congestionamentos - 66 horas a mais na comparação com 2014 -, o que equivale a ficar mais de seis dias inteiros no trânsito. Na segunda colocada do ranking de cidades brasileiras, Salvador, cada motorista gasta 160 horas extras nos trajetos - 67 horas a mais em relação a 2014⁸⁷⁶.

Não é privilégio do Brasil ter problemas com a mobilidade urbana; na verdade, quase todas as grandes cidades do mundo possuem suas deficiências. Afinal, atualmente, o planeta terra apresenta uma população mundial de cerca de 7,6 bilhões de habitantes, com uma projeção futura próxima de cerca de 10 anos, para o acréscimo de mais 1 bilhão de pessoas⁸⁷⁷. População esta que irá disputar espaços, se deslocar entre residência, trabalho e lazer. O desafio que se apresenta é encontrar soluções para uma mobilidade urbana acessível e sustentável para esta e futuras gerações.

Outra questão que se coloca é que a maioria dessa população está concentrada em áreas urbanas, conforme mencionado, em torno de 4 bilhões de pessoas se adensam em pequenas áreas. No que se refere ao Brasil, dos 209,3 milhões de habitantes (dados de 2017), cerca de 85% vivem em áreas urbanas⁸⁷⁸.

Todavia, ao contrário das principais cidades, especialmente aquelas situadas em países considerados como de primeiro mundo, as cidades brasileiras mais adensadas não possuem um sistema de transporte coletivo que contemple toda a sua população de maneira eficaz. Com um sistema de transporte estruturado principalmente no transporte rodoviário, onde poucas cidades contam com as demais modalidades de transporte como o ferroviário, metropolitano e aquaviário ou, quando as possuem, apresentam-se de maneira insuficiente sua capacidade para atender a população. Assim, o cenário que se apresenta é uma verdadeira disputa pelo espaço urbano para o deslocamento diário. Situação que se agravou nos últimos 70 anos com o incremento de uma quantidade estrondosa de veículos particulares nas vias públicas, que se deu a partir de uma série de políticas públicas de incentivo a essa modalidade de transporte.

⁸⁷⁶ ESTADO DE SÃO PAULO. DIÓGENES, Juliana. “Três cidades do Brasil estão no top 10 de congestionamentos”. Publicado em 22/03/2016 Disponível em: <<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,tres-cidades-do-brasil-estao-no-top-10-de-congestionamentos,10000022561>>>. [04-06-2019].

⁸⁷⁷ UNITED NATIONS. “World Population Prospects”. Estudo das Nações Unidas desenvolvido pelo Departamento de Economia e Negócios Sociais. Disponível em: <<https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf>>. [02-06-2019].

⁸⁷⁸ IBGE. “População Rural e Urbana”. Disponível em: <<<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>>. [02-06-2019].

Essas políticas públicas que prestigiam determinada modalidade de transporte em detrimento de outras podem ser representadas por várias vertentes: i) forma como a cidade é planejada e construída; ii) os incentivos fiscais na indústria de determinados produtos; iii) a oferta em quantidade e qualidade das diferentes modalidades de transporte; iv) o preço do transporte; dentre outros.

O fato é que o panorama atual da mobilidade urbana do Brasil é resultado de práticas políticas e pensamento cultural de um passado. Propagava-se a ideia de que o progresso estaria adstrito ao avanço da indústria rodoviária; mais à frente, essa massiva propaganda voltou-se especificamente para a indústria automotiva. Assim, as cidades foram planejadas e construídas para receber os veículos automotores com o alargamento das vias, as construções de viadutos, as grandes estradas e todo investimento que os governos poderiam propiciar a esse setor. Cidades enriqueceram com as indústrias siderúrgicas, rodoviarista (notadamente automotiva) e petrolíferas. Se, por um lado, muito se investia em um determinado setor; por outro, era nítido o sucateamento das demais modalidades de transporte, chegando ao ponto de sua completa extinção, como foi o caso dos bondes no Rio de Janeiro e muitas linhas férreas pelas mais diversas cidades do país.

As cidades mais populosas do Brasil, atualmente, contam com pouca oferta de transporte de massa⁸⁷⁹, quer dizer, modalidade de transporte que requer magnitude de investimentos iniciais bem custosos; todavia, possibilita uma oferta elevada de concentração de passageiros a serem movidos por suas rotas segregadas ou “corredores”, a exemplo dos transportes ferroviário e o metroviário, com a vantagem ainda, por ser segregado, não disputam o mesmo espaço urbano com os demais modais de transporte. Contudo, a modalidade de transporte responsável pelo transporte de maior número de passageiros é o rodoviário por ônibus que, diferentemente do transporte de massa referido, não requer grandes investimentos iniciais para sua implementação, mas que, por outro lado, possuem baixa capacidade de absorção de usuários e ainda disputam o mesmo espaço urbano com todas as demais modalidades, contribuindo para os congestionamentos.

Por fim, não por isso menos importante, o transporte rodoviário por ônibus é uma modalidade altamente poluente. Para ser mais exato, o transporte

⁸⁷⁹ PORTO, P. A. P., “A metrópole em movimento: uma análise sob a perspectiva democrática da mobilidade urbana na Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2018

rodoviário Brasil, seja o individual ou coletivo, é responsável por aproximadamente 47,6% do consumo de derivados do petróleo, de modo que se apresenta como bastante lesivo ao meio ambiente devido às altas taxas de emissão de gases poluentes na atmosfera.

Para agravar esse cenário, a partir da década de 1990, o governo central passou a incentivar a produção massiva de motocicletas; a ideia era, além de movimentar o setor industrial, fazer com que essa modalidade de transporte se tornasse uma alternativa ao transporte público. Todavia, tal solução se mostrou altamente contraproducente, pois, além de ser extremamente nocivo ao meio ambiente, motocicletas poluem até quatro vezes a mais que os automóveis. A utilização dessa modalidade de transporte tem se mostrado como o grande vilão em número de mortes por acidente no trânsito, uma verdadeira tragédia social.

O número de óbitos de motociclistas em acidentes de trânsito, na cidade de São Paulo, ultrapassou, pela primeira vez desde 1979, a quantidade de pedestres que morreram atropelados. Foram 366 vítimas fatais que estavam em motos, ante 349 pessoas a pé. Os dados se referem a 2018 e são do Relatório Anual de Acidentes de Trânsito, divulgados pela CET nesta quarta-feira, 23. O ano de 1979 foi quando a Companhia de Engenharia do Tráfego (CET) começou a divulgar o relatório anual de acidentes de trânsito em São Paulo⁸⁸⁰.

Ainda quanto ao cenário de mobilidade no Brasil, segundo relatório do Departamento Nacional de Trânsito (DENATRAN), órgão do governo federal ligado ao Ministério da Infraestrutura, em 2017, de todos os veículos registrados no Brasil, 54% eram automóveis particulares, 27% motocicletas, 14% caminhões, 4% outros e apenas 1% ônibus. No estado do Rio de Janeiro, essa divisão fica ainda mais acentuada; 67% dos veículos nas ruas eram de automóveis particulares, 17% motocicletas, 12% caminhões, 3% outros e, também, 1% de ônibus. Nessa relação, não se leva em consideração a quantidade das demais modalidades de transporte como trem, metrô e barcas, porque não são transportes rodoviários e, ainda, essas modalidades não se medem em quantidade de veículos, e sim na quantidade de passageiros transportados.

Quanto aos automóveis particulares, em que pese esses números serem alarmantes, liderado em quantidade na relação com aos demais veículos, essa

⁸⁸⁰ ESTADÃO. O n.º. de motociclistas mortos no trânsito supera óbitos de pedestres pela 1ª vez. Publicado em 23/05/2019. Disponível em: <<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/05/23/interna_nacional,1056050/sp-n-de-motociclistas-mortos-no-transito-supera-obitos-de-pedestres.shtml>>. [04-06-2019].

modalidade de transporte possui baixa capacidade de transportar passageiros, na região metropolitana do Rio de Janeiro; por exemplo, apenas 19% das pessoas são transportas por esse modal.

Como já mencionado, o transporte rodoviário de passageiros feito por ônibus é a modalidade responsável por transportar o maior número de pessoas, mesmo sendo em menor número em quantidade de veículos rodoviários nas vias públicas. No estado do Rio de Janeiro, por exemplo, com relação aos transportes coletivos de passageiros (rodoviário ou não), o ano de 2014 teve os seguintes números em milhões de passageiros, em ordem crescente: *i*) barcas: 28,4; *ii*) trens: 164,0; *iii*) metrô: 227,8 e, *iv*) ônibus: 676,5⁸⁸¹.

Diante desses dados, o que se pode concluir é que o espaço urbano está a cada dia mais disputado: excesso de veículos particulares e todos os demais veículos que circulam nas vias públicas acabam provocando congestionamentos diariamente nos horários de pico. As pessoas ficam horas presas nos congestionamentos nas principais cidades do país, causando enormes prejuízos para economia, para a saúde pública e para o meio ambiente.

Nos casos de Rio de Janeiro e São Paulo, o aumento do congestionamento veicular representa 506 milhões de horas gastas a mais por ano pelos usuários de transporte coletivo, 258 milhões de litros de combustível gastos a mais por ano e uma poluição ambiental de 123 mil toneladas de monóxido de carbono e 11 mil toneladas de hidrocarbonetos expelidos na atmosfera (IPEA e ANTP, 1998)⁸⁸².

3. Mudanças legislativas para viabilizar direitos fundamentais

Ao explicar sobre o tema mobilidade e legislação no Brasil, a primeira lei em que se pode pensar é o Código de Trânsito Brasileiro (CTB)⁸⁸³, lei federal n.º 9.503, publicada em 23 de setembro de 1997. Para ser mais exato, a terminologia utilizada era simplesmente “trânsito”. Dos 341 artigos e ainda um anexo, essa legislação não menciona, uma única vez, a palavra “mobilidade”.

Apesar de esta lei ter sido um divisor de águas em matéria de regulação e benefícios para os usuários do trânsito, naquela época, não se tinha a ideia de

⁸⁸¹ AGETRANSP, “Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro”. Disponível em: <<<http://www.agetransp.rj.gov.br>>>. [04-06-2019].

⁸⁸² VASCONCELLOS, E. A., “O transporte urbano no século 21”, Revista dos Transportes Públicos – ANTP, Ano 24, 2002, pp. 106.

⁸⁸³ BRASIL. Lei Federal n.º 9.503 de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

criar uma legislação que regulasse a forma como as políticas públicas de transportes deveriam ser planejadas e realizadas, de como as modalidades de transportes deveriam ser distribuídas; a necessidade mais urgente era realmente uma norma que regulasse as normas gerais de circulação e conduta dos usuários do trânsito, e, nesse ponto, o Código de Trânsito Brasileiro cumpriu bem o que se propôs.

A Lei nº. 9.503 de 1997 não foi a primeira norma de trânsito no Brasil, outras a antecederam; na verdade, desde de 1910, através do Decreto nº. 8.324, que a regulação da circulação de bens e pessoas tem sido objeto de preocupação do estado. Todavia, norma de trânsito tratada como código houve apenas duas; o Decreto-Lei nº. 3.651, de 25 de setembro de 1941 e a Lei nº. 5.108, de 21 de setembro de 1966.

Tanto nas edições passadas, quando nesta que está em vigor, sua *mens legis* principal sempre foi em torno da proteção a vida. As normas de circulação e conduta no trânsito eram necessárias para a preservação da vida, assim entendidas como direito fundamental e, para isso, todo aparato anexo a essa premissa foi construído, desde um complexo sistema nacional de trânsito composto por conselhos federais e estaduais, câmaras temáticas a regras de habilitação, até as regras dos processos administrativos etc.

Dentre as novidades trazidas pelo Código de Trânsito vigente e, ao que se pretende abordar, chama-se atenção ao capítulo dedicado à educação para o trânsito, a lei coloca-o como um direito de todos e dever prioritário do Sistema Nacional de Trânsito. Isso porque, dentre tantas mudanças, as novas regras que estavam sendo estabelecidas através de uma série de condutas obrigatórias que deveriam ser cumpridas pelos condutores de veículos e pedestres, o legislador entendeu que não bastava simplesmente trazer essa norma cogente de observância imperativa e, caso não fosse cumprida, o sujeito iria incorrer em infração de trânsito e seria multado⁸⁸⁴. Era necessário educar, explicar o porquê dessas regras, através da verificação de reiteradas práticas nocivas no trânsito que estavam causando acidentes e mortes. Daí sua importância de observar e cumprir os comandos legais.

Exemplo típico dessa preocupação com a educação para o trânsito que se pode citar foi a obrigatoriedade de uso de cinto de segurança de 3 pontos⁸⁸⁵;

⁸⁸⁴ Até para não dar a conotação de que o estado estava preocupado somente com a arrecadação de multas de trânsito, popularmente denominado como “indústria da multa”.

⁸⁸⁵ O cinto de segurança de 2 pontos já era obrigatório em todo território nacional desde 1994, somente em 1997 com o CTB que o cinto de segurança de 3 pontos passou a ser obrigatório.

à época da promulgação do Código até a entrada em vigor da lei, cento e vinte dias após a sua publicação, todos os veículos de comunicação transmitiam reiteradamente reportagens, explicando a importância de seu uso correto, o número de mortes e traumas permanentes em razão da ausência de cinto de segurança nos acidentes de trânsito, entrevista com especialistas e simulações de acidentes. Ali, viu-se que não bastava trazer as normas de condutas e suas sanções caso não fossem respeitadas; foi necessário educar, ensinar, explicar o porquê. O que estava em jogo era uma necessidade de mudança de hábitos há anos praticadas; inclusive, era importante demonstrar objetivamente essa preocupação. Através do artigo 320 do CTB, ficou estabelecido que a receita arrecadada com a cobrança de multas de trânsito deve ser aplicada *exclusivamente* em sinalização de trânsito, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito, sendo destinado o percentual de 5% arrecado com as cobranças das multas de trânsito para depósito mensal na conta de fundo de âmbito nacional, destinado à segurança e educação de trânsito.

Mesmo com toda propaganda da mídia, do governo federal e demais entidades de proteção à vida e prevenção de acidentes no trânsito envolvidas em projetos de educação para o trânsito, ainda assim foi bastante lento e deficitário o processo de mudança de hábitos por parte dos condutores de veículos. Era preciso que os interessados, os que efetivamente utilizassem o sistema de trânsito estivessem a par de toda aquela mudança.

Ainda quanto ao tema legislação, nessa seara, outro marco na história foi a edição da Lei nº 12.587, de 03 de janeiro de 2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana ou simplesmente denominada como Estatuto da Mobilidade Urbana. Ao contrário do CTB, esta norma trata efetivamente de políticas públicas para a mobilidade urbana e as considera como instrumentos para o desenvolvimento urbano assim estabelecidos nos artigos 21, inciso XX e 182, da Constituição Federal.

Seguindo uma tendência mundial, o Estatuto da Mobilidade Urbana trouxe uma série de novos princípios, diretrizes e objetivos, sobretudo, visando a modernizar o marco regulatório dos serviços de transporte coletivo, defender o interesse dos usuários de tais serviços e, ainda, estabelecer a atuação da União para contribuição efetiva de uma política urbana integrada para o desenvolvimento das cidades brasileiras⁸⁸⁶. Louváveis pretensões normativas, ao menos era

⁸⁸⁶ BRASIL, Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº. 694/95 de autoria do Deputado Alberto Godman, do PSDB/SP. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostraintegra?codteor=490138. [04-06-2019].

o que estava descrito na exposição de motivos do projeto de lei originário e que acabou efetivamente se tornando lei. O problema que se coloca é que, passados 7 anos da sua entrada em vigor, pouco (para não dizer ínfimo) do que está previsto foi efetivamente implantado, proporcionando um descrédito, uma ineficiência da lei fora do (ou talvez bastante) comum.

A questão é tão séria que se exemplifica com um ponto específico: o §1º, do artigo 24 deste Estatuto estabelece que os municípios que possuam mais de 20 mil habitantes são obrigados a elaborar um Plano de Mobilidade Urbana, seguindo os princípios, diretrizes e objetivo do Estatuto, integrando e de modo compatível com os seus respectivos planos diretores⁸⁸⁷, dando um prazo máximo de 3 anos para sua elaboração a contar da data da vigência da lei. Caso contrário, ficam impedidos de receber recursos orçamentários federais destinados à mobilidade urbana até que atendam à exigência da lei. A adesão por parte dos municípios foi baixíssima, foi necessário adiar duas vezes esse prazo máximo através de medidas provisórias que foram convertidas em lei⁸⁸⁸ para tentar adequar essa realidade. Em 2016, a exposição de motivos da primeira proposta de medida provisória para alterar esse prazo trouxe alguns dados alarmantes: dos 5.570 municípios brasileiros, 3.341 mais o distrito federal deveria elaborar esse plano, caso almejassem angariar recursos federais para melhoria na mobilidade urbana. Somente 171 municípios declararam possuir o Plano de Mobilidade já elaborado. O mais agravante, nesse caso, é que o Ministério das Cidades possuía uma carteira empreendimentos voltados à mobilidade urbana em todo o país com a importância de R\$ 119.325.046.715,53, em valores totais de investimentos, sendo que, desse montante, R\$ 35.395.510.245,99 referiam-se às obras que contavam com recursos do Orçamento Geral da União (OGU), com cerca de R\$ 9.492.091.461,99 em empreendimento com contratos vigentes. Quer dizer, caso não fosse estendido o prazo, os municípios que não elaborassem o Plano de Mobilidade e tivessem contrato com o governo federal não poderiam mais receber os recursos.

Ora, foi necessária intervenção normativa federal para impedir a instauração de um caos nas finanças municipais porque simplesmente os municípios não aderiram ao que foi estabelecido no Estatuto da Mobilidade, que era elaborar um plano de mobilidade, e aqui não se menciona o cumprimento de suas diretrizes, que justamente vão de encontro a tudo que se vem praticando ao longo dos

⁸⁸⁷ Plano Diretor é um instrumento de política urbana instituído pela Lei Federal nº. 10.527 de 2001 (Estatuto da Cidade) que obriga os municípios com mais de 20 mil habitantes a elaborá-lo.

⁸⁸⁸ Atualmente o prazo máximo é de 7 anos.

anos em matéria de mobilidade urbana; o que se exigia era somente a elaboração do plano e não o seu cumprimento. Nem a ameaça de cortes de recursos foi capaz de convencer os municípios a tornar a elaboração desse plano meta prioritária de governo, que dirá o seu cumprimento.

Quanto ao seu cumprimento, o plano de mobilidade a ser elaborado pelos municípios deve estabelecer os princípios e diretrizes do Estatuto, que de maneira resumida, pode ser definido por um estabelecimento de políticas públicas que priorizem os modalidades de transportes não motorizados sobre os motorizados e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado (art. 6º, II, Lei nº. 12.587, de 2012), para, assim, tentar dar eficácia ao comando constitucional do direito fundamental ao transporte.

Salvo pouquíssimas exceções, não há cidades brasileiras com estruturas viárias preparadas para implementar tais diretrizes. Por outro lado, mesmo que houvesse, também seria inócuo, pois a população que, desde outrora, fora acostumada com determinados modos de se deslocar, também não estaria preparada para implementar as diretrizes do Estatuto, cita-se o exemplo das ciclovias de São Paulo, o quanto de resistência por parte da população na sua construção, implementação e utilização, chegando à situação de alguns pontos já em funcionamento serem desfeitos, retornando ao *status quo*, quer dizer, para dar lugar ao transporte motorizado individual.

Assim como houve com o Código de Trânsito Brasileiro e sua necessidade de se discutir com a população, levar ao seu conhecimento os benefícios e malefícios de cada norma, de cada regra de conduta através da educação de trânsito, ainda que não se tenha atingido, ao nível de eficiência satisfatório, o número de mortes por acidentes de trânsito sempre crescente confirmam essa triste constatação⁸⁸⁹. O Estatuto da Mobilidade Urbana veio a reboque de discussões mundiais para melhorar mobilidade urbana, invertendo a lógica de investimentos, há anos, praticada, todavia, os principais interessados não foram comunicados de maneira adequada, que dirá participaram das discussões pela sua implementação.

4. Condições objetivas e subjetivas para consecução dos direitos fundamentais

Tomando como ponto de partida uma citação de José Afonso da

⁸⁸⁹ O Brasil é o 4º país no mundo em mortes por acidente de trânsito.

Silva⁸⁹⁰, ao iniciar o capítulo da teoria dos direitos fundamentais, o autor levanta o seguinte questionamento: se os direitos fundamentais teriam origem em inspiração dos direitos naturais e, a partir daí, foram positivados nas subseqüentes declarações ou se haviam outras fontes que os fundamentassem. Tão logo sugere, em seguida o refuta, visto que tal teoria, fundada na concepção das liberdades públicas não explicaria a existência dos direitos sociais que posteriormente foram inseridos no rol dos direitos fundamentais. Para o autor, não desmerecendo a primeira inspiração *jusnaturalista*, o que se deve é ampliar as fontes de inspirações das declarações de direitos fundamentais, a partir de um conjunto de análises dos fatos históricos, que serviram como condição de possibilidade para que esses direitos fossem reconhecidos e positivados, naquilo que ele denomina como condições objetivas e subjetivas.

Pelo que se vê, não há propriamente uma inspiração de direitos. Houve reivindicações e lutas para conquistar os direitos nelas consubstanciados. E, quando as condições materiais da sociedade propiciaram, elas surgiram, conjugando-se, pois, condições objetivas e subjetivas para sua formulação⁸⁹¹.

Usando como pano de fundo essa premissa e buscando conectar ao tema central deste artigo, as condições materiais podem ser entendidas como as condições objetivas que a sociedade proporciona para os diversos avanços, sejam políticos, culturais ou tecnológicos. Exemplifica-se: uma série de legislações foram produzidas no Brasil a partir da Constituição de 1988 com o intuito de criar instrumentos e viabilizar a participação popular nas decisões das políticas públicas urbanas. Tal fato se consolidou devido ao processo de redemocratização do Estado brasileiro e, a partir desse evento, sucessivos governos seguiram nessa mesma política, sem essa condição objetiva, quer dizer, um governo de cunho social e democrático, não haveria condições objetivas desse avanço no movimento legislativo. Portanto, essas condições materiais são aquelas que o possibilitam objetivamente.

Quanto às condições subjetivas ou ideais ou lógicas, em que pese o citado autor atribuir como “precisamente fontes de inspirações filosóficas”, aqui sua conceituação será mais simplória, de modo a significar a própria sociedade, seu pensamento e seu modo de agir. Condição subjetiva que vem de sujeito ou do conjunto de sujeitos, naquilo que se traduz por suas aspirações, suas

⁸⁹⁰ SILVA, J. A., “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

⁸⁹¹ SILVA, J. A., “Curso de Direito Constitucional Positivo”, cit., pp. 173.

necessidades e expectativas, sempre contextualizadas ao tempo e lugar.

Apresentadas as conceituações, o que se pretende desenvolver é uma discussão em torno dessas condições como fio condutor para a consecução dos direitos fundamentais, tendo como eixo central a mobilidade urbana – instrumento viabilizador dos demais direitos fundamentais.

5. Contradições performativas para viabilização dos direitos fundamentais

Conforme anteriormente mencionado e aqui exposto, em forma de exemplo, para que um indivíduo tenha o direito efetivo de ir à escola, por óbvio, além de toda política pública na área de educação seja implementada, numa questão prática, o indivíduo precisa chegar a essa escola, e esse chegar também se traduz de forma acessível, sustentável, segura e digna. O mesmo exemplo pode ser substituído para a consecução dos demais direitos fundamentais, quer dizer, ter direito de acesso, de chegar ao hospital, ao trabalho etc. Direito fundamental ao transporte (mobilidade) para acessar aos demais direitos descritos constitucionalmente.

Então, sob condições objetivas, atualmente, os mais basilares direitos fundamentais estão amparados nas legislações vigentes e implementados nas políticas públicas e, inclusive, o próprio direito a mobilidade urbana sustentável também se encontra positivado. Todavia, quanto às condições subjetivas, especialmente no que se refere à mobilidade urbana, o atual cenário brasileiro ainda é bastante precário, seja por questões históricas de um modelo de mobilidade que foi implantado, privilegiando determinados modos de transportes em detrimento de outros, que, atualmente, se mostrou ineficiente, seja na dificuldade de se alterar essa realidade pela resistência da própria sociedade que ainda reluta em seguir os preceitos inseridos na legislação de mobilidade, ou seja, há precípua dificuldade em discutir o tema de maneira racional ou individualmente; quiçá almejar que essas premissas sejam implementadas. As pessoas não se veem inseridas no problema como parte dele, nas cidades urbanas.

São contraditórias as condições subjetivas e essa é a justificativa do interesse acadêmico: buscar entender como se viabilizam direitos fundamentais a partir de uma lógica prática de se chegar até eles – pela mobilidade urbana – e, ao mesmo tempo, como viabilizar essa chegada pelas condições subjetivas da própria sociedade.

A expressão *contradição performativa*⁸⁹², utilizada por Jürgen Habermas e Karl Otto Apel, ao escreverem a respeito da ética do discurso sob o viés da teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein. Para os autores, seu conceito se traduz como o ato de falar duas afirmações incompatíveis.

Apel renova o modo de fundamentação transcendental com os meios fornecidos pela pragmática linguística. Ao fazer isto, utiliza o conceito da *contradição performativa*, que surge quando um ato de fala constativo “Cp” se baseia em pressuposições não-contingentes cujo conteúdo proposicional contradiz o enunciado asserido “p” (...). Para o enunciado (1) Eu não existo (aqui e agora), o falante ergue uma pretensão de verdade; ao mesmo tempo, ao proferi-la, ele faz uma inevitável pressuposição de existência cujo conteúdo proposicional pode ser expresso pelo enunciado: (2) Eu existo (aqui e agora)⁸⁹³.

Mais do que duas afirmações contraditórias, se invoca aqui o ato de almejar, falar e realizar ações completamente incompatíveis. Deste modo, a sociedade almeja um mobilidade eficiente, sustentável e acessível, discursa sobre os problemas coletivos da mobilidade, de modo a viabilizar os direitos fundamentais e ainda sugere possíveis soluções, mas age individualmente de maneira a contribuir à manutenção do *status quo*, não se dispondo a cumprir ao menos o que está previsto nas leis para mudar essa realidade de mobilidade precária.

A ausência de participação da sociedade nas discussões e elaboração das normas e políticas públicas de mobilidade urbana acaba por interferir na noção de pertencimento, de modo que, individualmente, as pessoas não se veem obrigadas a cumprir as normas ali descritas. Querem mudança, mas permanecem com as mesmas práticas. Até porque não houve uma discussão mais aprofundada que esclarecesse na base da sociedade todas as razões das mudanças realizadas na lei. Mais do que isso, essas mudanças não vieram a partir de pautas reivindicatórias pela própria sociedade, produzidas através de procedimentos

⁸⁹² Contradição performativa – por Jürgen Habermas e Karl Otto Apel escreverem sobre a ética do discurso a partir da teoria dos jogos de linguagem de Wittgenstein. Quando ao conceito de *contradição performativa*, pode-se dizer resumidamente que ocorre quando um ator ao falar contradiz o próprio conteúdo daquilo que ele está falando; por isso, é uma *contradição de performance*, donde vem a palavra *performativa*, ou seja, de atitude entre o que se fala e o que se faz ao falar. Um bom exemplo que se utiliza para explicar essa situação é quando alguém bate a porta e pergunta: tem alguém aí? E o outro interlocutor responde: “não”. Ora, como não tem ninguém se responderam? É contraditório! (HABERMAS, J., “Teoría de La Acción Comunicativa: complementos y estudios previos”, Cátedra, Madrid, 1989).

⁸⁹³ HABERMAS, J., “Teoría de La Acción Comunicativa: complementos y estudios previos”, cit., p. 102.

democráticos; na verdade, foram elaboradas por especialistas com seus saberes peritos⁸⁹⁴ dentro de seus gabinetes chanceladas pelos representantes do povo, dando a roupagem de legitimidade a produção legislativa, quando, na verdade, não se passa de uma pseudodemocracia pela absoluta ausência de participação popular.

Nunca é demais insistir no fato de que esse aumento de direitos é o resultado de lutas, e que, muitas vezes, eles são conquistados nas barricadas, num processo histórico pleno de vicissitudes, por meio do qual as necessidades e as aspirações se articulam em reivindicações e bandeiras de luta antes de serem reconhecidas como direitos. O caminho a ser percorrido será longo e árduo a julgar pelo fato de estarmos longe de ter superado a extrema pobreza que constitui uma negação manifesta dos direitos fundamentais (4), sem falar de outras violações em número crescente a cada dia. Entretanto, num formidável impulso de otimismo e de aposta na perfectibilidade da espécie humana – em ligação com a filosofia do Século das Luzes – Bobbio não hesita em intitular uma de suas obras *A era dos direitos* (5), como se constituísse uma vaga irresistível na longa história da ascensão da humanidade⁸⁹⁵.

Por mais expertise que esses profissionais possam ter - e aqui não se pretende desmerecer todas as questões técnicas necessárias para a elaboração das normas, planos e políticas públicas de mobilidade urbana, - elas são efetivamente necessárias. todavia, de nada adianta se não houver a participação e anuência da sociedade que será a protagonista na execução desses planos. O que se clama como um ideal seria a junção dessa expertise com a sociedade na construção normativa e, numa perspectiva utópica, que tais mudanças viessem por intermédio de iniciativas populares, de postulações, de reclamos e de luta, por conseguinte, como resultado desse processo, a produção da norma representasse a própria conquista de todas as reivindicações.

Nesse ponto, relembra-se o que Henri Lefebvre discorreu sobre a crise mundial da cidade ao conceituar a palavra “nós”, quando afirmou que “cabe a nós resolvermos essa dupla crise, notadamente ao criar com a nova cidade a nova vida na cidade”⁸⁹⁶. Para o autor, “nós” quer dizer os interessados, e esses interessados não podem ficar adstritos ao arquiteto ou ao urbanista que planejam,

⁸⁹⁴ GIDDENS, A., “As consequências da modernidade”, Tradução de Raul Fiker, Editora UNESP, São Paulo, 1991.

⁸⁹⁵SACHS, I., “O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos”. In: Estudos Avançados V. 12, n° 33, São Paulo, 1998, pp.149.

⁸⁹⁶ LEFEBVRE, H., “O direito à cidade”, Tradução: Cristina C. Oliveira. Itapevi, Nebli, São Paulo, 2016, pp. 117-118.

nem ao sociólogo, economista ou político; não podem ser criadas por decretos essas novas formas e suas relações. Para ele, apenas a vida social, na sua práxis, na sua capacidade global, poderia ter capacidade de criar essas relações, e, por consequência, criar a cidade.

CONCLUSÃO

As cidades se modificaram, cresceram em tamanho e problemas. Estar inserido em ambientes urbanos, com toda a complexidade inerente e, ao mesmo tempo, fazer valer os direitos fundamentais que, ao longo dos tempos, foram conquistados, faz parte do desafio das sociedades contemporâneas. O direito de ter acesso aos demais direitos fundamentais, notadamente ao direito a mobilidade e a acessibilidade, apesar de contar com um conjunto de normas que estabelecem aplicação dos direitos fundamentais, sua efetividade ainda se mostra deficiente e precária.

Ter direito à cidade e à mobilidade acessível, segura e sustentável, está dentro do conceito do que se espera de viabilização dos direitos fundamentais, são somente o direito ao transporte em si, tal como está positivado na Constituição Federal de 1988, mas todas as consequências conexas, ou seja, o direito de se deslocar que o indivíduo possui. Repete-se o que foi explanado ao longo do texto: a mobilidade urbana possui duas conotações, uma como um direito fundamental finalístico e a segunda como um direito fundamental de meio, como um instrumento para atingir os demais direitos fundamentais, tal como direito à saúde, à educação etc.

No entanto, além de ser um fato notório, diversos estudos comprovam a quão penosa tem sido a mobilidade urbana nas principais cidades brasileiras. O tempo que as pessoas perdem presas nos congestionamentos, a segurança, a quantidade de emissão de gases poluentes das modalidades de transportes mais utilizadas pela população são alguns dos indicadores utilizados para se determinar se mobilidade urbana é eficiente ou precária. Os números não são nada favoráveis; na realidade, o que se tem como cenário é resultado prático de uma série de medidas e políticas públicas praticadas ao longo dos últimos anos e que se mostrou ineficiente. O modelo de transporte implantado no Brasil, o qual sempre procurou prestigiar a modalidade rodoviária, e mais recentemente: especificamente, a rodoviária individual contribuiu - e muito - para o caos viário.

Para tentar resolver essa celeuma, o Brasil, seguindo movimentos internacionais, buscou adotar uma nova agenda com o incremento de normas que

alterassem essa realidade, dentre elas o Estatuto da Mobilidade Urbana, que justamente inverteu a lógica de investimentos e prioridades em relação às modalidades de transportes disponíveis para a população. Todavia, em que pese ter passado 7 anos da edição desta lei, pouco se fez para implementar o que a lei estabelece.

Sem pretender esgotar o tema, o presente artigo pesquisou possíveis causas da falta de adesão ao cumprimento da norma legal, seja por parte dos entes federativos que estariam obrigados, seja pela população em si, até porque são normas que, em princípio, visam a garantir direitos fundamentais. Por qual razão, essa mesma sociedade estaria relutante em dar cumprimento a algo que lhe beneficie? A conclusão a que se chegou foi que a falta de conhecimento e de participação por parte da população, no momento da elaboração das normas e nas escolhas das políticas públicas, seria uma das hipóteses determinantes. O paradigma utilizado foi a comparação do movimento realizado pela mídia e pelo governo central, no ano de 1997, com a entrada em vigor do Código de Trânsito Brasileiro, o qual buscou fazer uma conexão com a população através de um massivo trabalho informativo das mudanças trazidas naquela lei; mesmo assim, o resultado não fora como esperado, ainda foi preciso um longo tempo para que as regras ali contidas passassem a ser consideradas normas de condutas benéficas à própria população. Por outro lado, tal situação diametralmente oposta ocorreu com o ingresso do Estatuto da Mobilidade Urbana: a sociedade se manteve à alheia ao processo de elaboração e implantação da norma; por consequência prática, se verificou o não cumprimento da lei pela maioria dos municípios que estariam obrigados a cumprir a exigência, não importando o risco de perda de recursos públicos federais, tampouco a efetivação dos direitos fundamentais que a norma visa a proteger.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGETRANSP, “Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro”. Disponível em: <<<http://www.agetransp.rj.gov.br>>>. [04-06-2019].

BARCELLOS, A. P., “A eficácia dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana”, 3 ed, Renovar, Rio de Janeiro, 2011.

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, 1988. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

BRASIL, Exposição de Motivos do Projeto de Lei nº. 694/95 de autoria do Deputado Alberto Godman, do PSDB/SP, 1995. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=490138>>. [04-06-2019].

BRASIL, Lei Federal nº. 12.587 de 03 de janeiro de 2012. Institui as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana; revoga dispositivos dos Decretos-Leis nºs 3.326, de 3 de junho de 1941, e 5.405, de 13 de abril de 1943, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e das Leis nºs 5.917, de 10 de setembro de 1973, e 6.261, de 14 de novembro de 1975; e dá outras providências. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>> [08-06-2019].

BRASIL, Lei Federal nº. 9.503 de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <<www.planalto.gov.br>>. [08-06-2019].

ESTADÃO. O nº. de motociclistas mortos no trânsito supera óbitos de pedestres pela 1ª vez. Publicado em 23/05/2019. Disponível em: <<https://www.em.com.br/app/noticia/nacional/2019/05/23/interna_nacional,1056050/sp-n-de-motociclistas-mortos-no-transito-supera-obitos-de-pedestres.shtml>>. [04-06-2019].

ESTADO DE SÃO PAULO. DIÓGENES, Juliana. Três cidades do Brasil estão no top 10 de congestionamentos. Publicado em 22/03/2016 Disponível em: <<<https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,tres-cidades-do-brasil-estao-no-top-10-de-congestionamentos,10000022561>>>. [04-06-2019].

GIDDENS, A., “As consequências da modernidade”, Tradução de Raul Fiker, Editora UNESP, São Paulo, 1991.

HABERMAS, J., “Teoría de La Acción Comunicativa: complementos y estudios previos”, Cátedra, Madrid, 1989.

IBGE. “População Rural e Urbana”. Disponível em: <<<https://educa.ibge.gov.br/jovens/conheca-o-brasil/populacao/18313-populacao-rural-e-urbana.html>>>. [02-06-2019].

LEFEBVRE, H., “O direito à cidade”, Tradução: Cristina C. Oliveira. Itapevi, Nebli, São Paulo, 2016.

PORTO, P. A. P., “A metrópole em movimento: uma análise sob a perspectiva democrática da mobilidade urbana na Região Metropolitana do Rio de Janeiro”. Tese de doutorado apresentada ao Programa de Pós-graduação em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense (UFF), Niterói, 2018.

SACHS, I., “O Desenvolvimento enquanto apropriação dos direitos humanos”. In: Estudos Avançados V. 12, nº 33, São Paulo, 1998.

SANTOS, M., “A cidade como centro de região: definições de métodos de avaliação da centralidade, Livraria Progresso Editora, Salvador, 1959.

SILVA, C. A. *et al.*, “Metrópole: governo, sociedade e território” In: SILVA, C. A.; FREIRE, D. G.; OLIVEIRA, F. J. G., Faperj, Rio de Janeiro, 2006.

SILVA, J. A., “Curso de Direito Constitucional Positivo”, Malheiros Editores, São Paulo, 2005.

UNITED NATIONS, “World Population Prospects. Estudo das Nações Unidas desenvolvido pelo Departamento de Economia e Negócios Sociais”. Disponível em: <<https://esa.un.org/unpd/wpp/Publications/Files/WPP2017_KeyFindings.pdf>>. [02-06-2019].

VASCONCELLOS, E. A., “O transporte urbano no século 21”, Revista dos Transportes Públicos – ANTP , Ano 24, 2002.

A LEGITIMIDADE PARA A INSTAURAÇÃO DO IRDR: uma proposta de interpretação conforme a Constituição do Art. 977 do CPC /2015

ALMEIDA, Marcelo Pereira de

Professor adjunto da Universidade Federal Fluminense, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, professor permanente do PPGD (mestrado) da UCP e professor colaborador do PPGD - UNESA. mpalmeida@yahoo.com.br

JUSTINO, Lucas Neves

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis, lnj10@hotmail.com

RESUMO

O estudo tem por escopo analisar a crise institucional do Poder Judiciário e as soluções encontradas pelo legislador brasileiro a partir da introdução no sistema processual de mecanismos de resolução de processos repetitivos no ordenamento jurídico nacional, com objetivo de reduzir a crescente quantidade de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, com esteio, principalmente, na padronização de decisões e na observância da jurisprudência e dos precedentes obrigatórios por eles gerados, bem como sua compatibilidade constitucional, notadamente no que tange ao novo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, apresentando críticas e reflexões a partir da preponderância do interesse na instauração do incidente, abordando os problemas apresentados pelas opções feitas pelo legislador processual, bem como pela atuação do Judiciário, sugerindo uma proposta de interpretação conforme a Constituição do art. 977, CPC/2015.

Palavras-chave: Poder Judiciário; contraditório; Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas; novo Código de Processo Civil.

RESUMEN

El estudio tiene por objeto analizar la crisis institucional del Poder Judicial y las soluciones encontradas por el legislador brasileño a partir de la introducción en el sistema procesal de mecanismos de resolución de procesos repetitivos en el ordenamiento jurídico nacional, con el objetivo de reducir la creciente cantidad de procesos en trámite en los procedimientos y en la observancia de la jurisprudencia y de los precedentes obligatorios por ellos generados, así como su compatibilidad constitucional, especialmente en lo que se refiere al nuevo Incidente de Resolución de Demandas Repetitivas, presentando críticas y reflexiones a partir de las críticas

de la preponderancia del interés en la instauración del incidente, abordando los problemas presentados por las opciones hechas por el legislador procesal, así como por la actuación del Poder Judicial, sugiriendo una propuesta de interpretación conforme a la Constitución del art. 977, CPC / 2015.

Palabras-clave: Poder Judicial; contradictorio; Incidente de Resolución de Demandas Repetitivas; nuevo Código de Proceso Civil.

ABSTRACT

The purpose of this study is to analyze the institutional crisis of the Judiciary and the solutions found by the Brazilian legislator from the introduction in the procedural system of mechanisms of resolution of repetitive processes in the national legal system, aiming to reduce the increasing number of lawsuits in the Brazilian courts, mainly due to the standardization of decisions and compliance with the jurisprudence and mandatory precedents generated by them, as well as their constitutional compatibility, especially with regard to the new Incident of Resolution of Repetitive Demands, presenting criticisms and reflections based on the preponderance of interest in the instituting of the incident, addressing the problems presented by the options made by the procedural legislator, as well as by the Judiciary, suggesting a proposal for interpretation according to the Constitution of art. 977, CPC / 2015.

Key-Words: Judicial Power; contradictory; Incident of Resolution of Repetitive Demands; new Civil Process Code

SUMÁRIO: I INTRODUÇÃO; II O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E O IRDR; III O ART. 977 DO CPC À LUZ DO CONTRADITÓRIO; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I INTRODUÇÃO

O novo Código de Processo Civil, encampando as alterações legislativas realizadas nas últimas décadas, sobretudo após promulgação da EC 45/2004, promoveu significativas alterações no sistema jurídico brasileiro a partir da introdução de mecanismos de resolução de processos repetitivos no ordenamento jurídico nacional, com objetivo de proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional e reduzir a crescente quantidade de processos em tramitação nos tribunais brasileiros, com esteio, principalmente, na padronização de decisões

e na observância da jurisprudência e dos precedentes obrigatórios por eles gerados.

Assim, além da manutenção dos recursos excepcionais repetitivos inseridos pelas Leis 11.418/06 e 11.672/08 no CPC/73, o Novo Código de Processo Civil, demonstrando compromisso com as transformações destinadas à busca por maior eficiência na prestação jurisdicional, insere mais um instituto destinado a conferir uniformidade na aplicação do direito pelos tribunais, através de um discurso de justificação pautado pela necessidade de tornar efetiva a tutela de interesses coletivos e reduzir o número de processos individuais com causas comuns: trata-se do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, cuja análise, sistematização e interpretação apresenta-se como um dos temas que mais tem desafiado os processualistas, em razão dos diversos problemas teóricos e práticos suscitados, notadamente o risco de sua utilização promover uma mitigação do contraditório a partir da extensão da eficácia da decisão sobre aqueles que não tiveram a possibilidade de influir eficazmente na sua elaboração do precedente gerado, violando direitos e garantias constitucionais do processo.

Assim, abordando um dos reflexos deste problema, apresenta-se uma proposta de interpretação conforme a Constituição do art. 977 do Novo Código de Processo Civil, que estabelece os legitimados para a instauração do incidente, a fim de modo a compatibiliza-lo com princípio constitucional do contraditório e ilidir a inconstitucionalidade de eventuais interpretações que dele podem ser extraídas.

II O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO E O IRDR

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas tem encontrado forte resistência doutrinária, dentre outros motivos, por promover uma mitigação da participação do jurisdicionado na formação da tese a que se destina, motivo pelo qual a análise do modo como o Poder Judiciário vem utilizando-o impõe o estabelecimento de uma premissa de fundamental importância, qual seja, a conceituação e delimitação do princípio constitucional do contraditório, concepção que deverá, doravante, servir de referencial para o desenvolvimento da análise que se propõe.

Previsto no art. 5º, LV, CF, bem como nos artigos 9º e 10 do CPC, o princípio do contraditório, tradicionalmente concebido como direito de informação e manifestação, adquire, contemporaneamente, um novo âmbito de

proteção. Somado à obrigatoriedade de o órgão jurisdicional informar as partes sobre os atos praticados no processo e sobre seu conteúdo, bem como assegurar a possibilidade de manifestação oral e escrita sobre os elementos constantes nos autos, acresce-se o direito dos interessados de verem seus argumentos considerados quando da prolação da decisão. Ou seja, para além da mera ciência bilateral e da possibilidade de reagir contra os atos processuais praticados⁸⁹⁷, o contraditório passa a significar também a efetiva participação dos destinatários no desenvolvimento e resultado do processo. Nesse sentido:

O princípio do contraditório representa a garantia máxima de informação e manifestação dos interessados no litígio, que se podem nele arvorar contra decisões arbitrárias que sejam proferidas sem a participação daqueles que podem sofrer seus efeitos. Todavia, diante da publicidade do direito processual e dentro do contexto de democracia participativa e deliberativa, assume o contraditório a função de princípio norteador de verdadeiro debate judicial, tornando possível, primeiro, o exercício do direito de influenciar e condicionar a formação da vontade estatal, e por outro lado, impondo deveres. Obrigação das partes de colaboração para a decisão e dever do magistrado de, por um lado, instalar, no processo, um ambiente de discussão inclusivo e pluralista, e, de outro, de considerar a participação das partes nas suas decisões. Nesse novo formato, o princípio do contraditório deixa de significar contraposição de interesses e prejuízos potenciais, para encampar a argumentação e influência, e traduzir o direito de indignar-se e, em última análise, de ser ouvido.⁸⁹⁸

Portanto, a partir dos influxos da democracia participativa, o princípio do contraditório adquire novos contornos e passa a direcionar a atuação do Judiciário no sentido de estabelecer um ambiente dialético no qual todos os sujeitos

⁸⁹⁷ Conforme ensina Antonio do Passo Cabral ao estabelecer o conteúdo do contraditório a partir desta perspectiva: "Comumente definido como o direito de desempenhar um papel ativo no processo, o contraditório abarca não só o conhecimento dos atos processuais praticados ou pendentes de realização, como também a possibilidade de pronunciamento a respeito. Compreende o direito de presença e de ser comunicado dos fatos processuais; abarca as faculdades de contra-argumentar, examinar os autos do processo, dirigir requerimentos ao Estado-juiz, formular perguntas a testemunhas e quesitos periciais, sustentar oralmente em audiência, em grau de recurso ou no plenário do Tribunal do Júri, dentre outras. A *ratio* do contraditório é permitir oportunidades de reagir ou evitar posições jurídicas processuais desfavoráveis. Identifica-se, portanto, um binômio essencial em torno do qual gravita o princípio: informação-reação – o contraditório significa audiência bilateral. (CABRAL, A. P., "Contraditório". In: TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (org)., "Dicionário de princípios jurídicos", Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, p. 195).

⁸⁹⁸ CABRAL, Antônio do Passo. Contraditório. In: TORRES, Ricardo Lobo; KATAOKA, Eduardo Takemi; GALDINO, Flavio (org). Dicionário de princípios jurídicos. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p 204.

envolvidos no litígio são partícipes da atuação do Estado, que, no desempenho de seu poder jurisdicional, deve legitimar sua atuação, proporcionando da forma mais ampla possível a participação do jurisdicionado na condução dos processos e da construção do provimento final, até porque o princípio democrático não se adstringe à participação do cidadão na política, consistindo na possibilidade de influência em quaisquer processos estatais decisórios, não estando a jurisdição infensa à adoção obrigatória desta perspectiva.⁸⁹⁹

A efetiva observância do contraditório ganha especial relevo no denominado sistema de precedentes implantado pelo CPC/2015, porquanto, na medida em que determina o codificador o dever de os tribunais velarem pela uniformização e pela estabilidade da jurisprudência, devendo editar enunciados de sua súmula de jurisprudência dominante e seguir a orientação firmada em precedentes de seus próprios órgãos internos e dos tribunais superiores, a amplitude do alcance destes julgados impõe que sejam revestidos da maior legitimidade possível a partir da discussão prévia da solução do litígio e da oportunidade conferida às partes de influenciar eficazmente no provimento final.

É justamente neste ponto que reside importante crítica doutrinária⁹⁰⁰ direcionada ao sistema de precedentes e especialmente, para os fins aqui propostos, ao novel instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas. Aduz-se que, a pretexto de concretizar a segurança jurídica, isonomia e a razoável duração do processo, teria o codificador criado a possibilidade da utilização do IRDR como instrumento para atribuir exclusivamente celeridade e produtividade

⁸⁹⁹ Neste sentido: "Se o poder do Estado é uno, pode-se manifestar de diversas formas. A jurisdição é uma destas faces ou funções do poder estatal. Esta perspectiva funcional da jurisdição (o processo como meio a serviço de fins estatais), que de todo ilumina o movimento da instrumentalidade, importa na consagração do exercício da função jurisdicional também como caminho para obtenção dos escopos políticos do Estado Democrático de Direito. Desde há muito a democracia deixou de refletir apenas a forma representativa, migrando para a concepção de democracia participativa e deliberativa. De fato, as instâncias de participação popular não se exaurem no âmbito legislativo através do direito de votar e ser votado. Qualquer meio de pressionar, influenciar e reivindicar posicionamentos decisórios estatais deve ser fomentado como forma legítima de participação (...). (CABRAL, A. P., "Contraditório". In: TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (org.), "Dicionário de princípios jurídicos", Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, p. 197-198).

⁹⁰⁰ Nesse sentido: "Os métodos impostos pelo atual modelo processual brasileiro de resolução de demandas seriais se afastam por completo do paradigma do contraditório na perspectiva examinada, uma vez que gera sobrestamento de processos, com seleção não criteriosa de alguns deles como representativos da controvérsia para o julgamento por amostragem. Além disso, cria obstáculos destinados a fazer com que o precedente alcançado pelo julgamento do caso paradigma tenha efeitos que transcendam os processos suspensos e atinjam conflitos futuros, permitindo que o julgador profira julgamentos liminares de improcedência com fundamento nesse mesmo precedente." (ALMEIDA, M. P., "Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa", Juruá Editora, Curitiba, 2014, p. 233).

na atividade jurisdicional. Desta forma, sua regulação estaria funcionalizada ao aumento dos poderes do judiciário, de modo a possibilitar a eliminação do maior número possível de processos sem o necessário tratamento particularizado das causas⁹⁰¹, não permitindo efetiva participação dos interessados no processo de fixação da tese, apesar de sofrerem obrigatoriamente com seus efeitos.

Contudo, não se pode olvidar da existência de juristas que, em sentido diametralmente oposto⁹⁰², advogam que a regulação do IRDR no novo Código de Processo Civil não só demonstra o compromisso do codificador com a necessária inserção de mecanismos de resolução de processos repetitivos como forma de evitar a existência de decisões divergentes para situações jurídicas homogêneas, em respeito à isonomia e à segurança jurídica, bem como proporcionar celeridade e produtividade da função jurisdicional, concretizando, portanto, o princípio constitucional da razoável duração do processo⁹⁰³. Além disso, também não violaria o princípio do contraditório, na medida em que prevê instrumentos de participação efetiva dos interessados, não os alijando do debate destinado a fixação da tese jurídica, o que ilidiria qualquer possibilidade de que venha a ser suscitada eventual violação do contraditório.

⁹⁰¹ Conforme leciona Leonardo Greco: "Essa falsa racionalização administrativa e gerencial erige como escopos de uma suposta melhoria do desempenho da justiça a celeridade e a produtividade, no intuito de dar vazão à sempre crescente quantidade de processos e de recursos, influenciando o legislador processual a favorecer a padronização das decisões, fortalecer a observância da jurisprudência e dos precedentes dos tribunais e a estimular a coletivização das demandas e das questões a serem solucionadas uma única vez com eficácia sobre todos os interessados, mesmo os que não tiveram qualquer oportunidade de influir eficazmente na sua elaboração. (GRECO, L., "Contraditório efetivo", Revista eletrônica de Direito Processual, v. 15, 2015, p 302).

⁹⁰² É o caso de Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, que leciona: "Ressalte-se, quanto aos fundamentos supramencionados, que as partes dos processos em tramitação perante o tribunal são intimadas da existência do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e da suspensão do seu processo individual. E que o Código de Processo civil estabeleceu a possibilidade de intervenção dos interessados. Portanto o exercício do contraditório é disponibilizado para os interessados com processos já ajuizados e também para os titulares de direitos que tenham conhecimento em razão da divulgação da existência do IRDR. Sendo assim, não se pode afirmar a existência de violação do contraditório." (GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., "Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015", Revista de Informação Legislativa, v. 208, 2015, p. 241).

⁹⁰³ Conforme enunciou a Exposição de Motivos do Anteprojeto de Novo Código de Processo Civil apresentada em 08 de junho de 2010 ao Senado Federal: "(...) é oportuno ressaltar que levam a um processo mais célere as medidas cujo objetivo seja o julgamento conjunto de demandas que gravitam em torno da mesma questão de direito, por dois ângulos: a) o relativo àqueles processos, em si mesmos considerados, que, serão decididos conjuntamente; b) no que concerne à atenuação do excesso de carga de trabalho do Poder Judiciário – já que o tempo usado para decidir aqueles processos poderá ser mais eficazmente aproveitado em todos os outros, em cujo trâmite serão evidentemente menores os ditos 'tempos mortos' (= períodos em que nada acontece no processo).

Nessa perspectiva, tendo em vista a potencial colisão entres os princípios constitucionais da razoável duração do processo, da isonomia e da segurança jurídica com o contraditório, assim como a legitimação para a conformação de direitos fundamentais e interpretação da Constituição conferida ao Poder Legislativo e em razão das singularidades concernentes à colisão dos direitos fundamentais em jogo e à margem de apreciação política do legislador, bem como do respeito que deve ser devotado a ambas as correntes de pensamento acerca do instituto, mostra-se premente a necessidade de analisar a valorização do contraditório no julgamento de demandas repetitivas sob o rito do IRDR, traçando perspectivas e propostas para uma interpretação constitucionalmente adequada das normas que regulamentam o incidente.

III O ART. 977 DO CPC À LUZ DO CONTRADITÓRIO

Conforme disposto no art. 977, CPC, o Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas poderá ser instaurado por iniciativa das partes, do Ministério Público, da Defensoria Pública, bem como de ofício pelo juiz, em processos que tramitam na primeira instância, ou relator, em processos pendentes nos tribunais. Neste particular, a legitimação conferida ao Poder Judiciário para deflagrar o incidente tem suscitado algumas preocupações, principalmente em razão de uma das principais críticas direcionadas ao instituto se referir a possibilidade de sua utilização como instrumento destinado exclusivamente a imprimir celeridade na atividade jurisdicional, ampliando sensivelmente os poderes dos órgãos judicantes nessa direção, o que potencializaria a eliminação do maior número possível de processos sem o necessário tratamento individualizado. Nesse sentido, em incisiva crítica à possibilidade de instauração do IRDR de ofício:

O Código de Processo Civil, ao regular o incidente de resolução de demandas repetitivas, não prevê a necessidade da presença de um ente legitimado à tutela dos direitos dos litigantes presentes nos casos pendentes. Ao contrário, afirma-se apenas que “o pedido de instauração do incidente será dirigido ao presidente de tribunal: (i) pelo juiz ou relator, por ofício; (ii) pelas partes, por petição; (iii) pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, por petição”. (art. 977 do CPC/2015). Dar ao juiz ou ao relator poder para instaurar incidente de resolução de demanda repetitiva é dar ao Estado o poder de sobrepor a otimização da solução dos litígios em face do direito fundamental ao contraditório. Enfim, também é fácil perceber que o poder conferido às partes, Ministério Público e Defensoria Pública é para requerer a instauração do incidente e não para defender ou tutelar os direitos dos

vários litigantes presentes nos casos que pendem. Ora, basta ver que a parte jamais poderia ter essa legitimidade e o Ministério Público e a Defensoria Pública não é aí visto como legitimado à tutela de direitos individuais homogêneos.⁹⁰⁴

De fato, mostra-se difícil antever o interesse dos legitimados previstos no inciso III do art. 977 do CPC pelo IRDR, porquanto sua atuação adstringe-se ao requerimento de instauração, o que não tem exata correspondência com sua função institucional de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis e defesa do interesse dos necessitados, conforme o perfil delineado pelo constituinte para o Ministério Público e Defensoria Pública, respectivamente, já que, conforme observado na passagem supracitada, não postula em favor dos interesses versados nos processos sobre os quais incidirão os efeitos do julgamento do incidente, mostrando-se difícil conceber a ideia de que a seleção por um mecanismo processual em que sua participação mostra-se mais limitada possa efetivamente justificar sua utilização em detrimento das ações coletivas ou outras nas quais também sejam legitimadas a propor, sobretudo no caso do Ministério Público, tendo em vista que sua atuação como *custos legis* ser obrigatória durante o processamento do incidente.

Além disso, é questionável a utilidade da realização de pedido de instauração do IRDR pelas partes, não só porque para elas não há qualquer distinção dos efeitos de decisões proferidas no incidente e em uma ação individual que possam lhe beneficiar, como pelo fato de sofrerem com seus efeitos, com risco de que não lhe seja oportunizada participação; não poder impedir o julgamento a partir da desistência do processo, caso seja selecionado como paradigma; propor nova ação rediscutindo a matéria, por tratar-se de hipótese que permite o julgamento liminar de improcedência, conforme art. 332, CPC, tampouco, poder provocar a revisão da tese jurídica firmada, faculdade conferida apenas ao próprio Poder Judiciário, ao Ministério Público ou Defensoria Pública, conforme dispõe o art. 986, CPC, ainda que seja possível interpretação extensiva para que seja conferida legitimidade também às partes, o que entretanto, gera mais uma dificuldade por impor ônus argumentativo ao interessado.⁹⁰⁵

⁹⁰⁴ MARINONI, L. G., “O ‘Problema’ do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos”. Revista de Processo, v. 249, 2015, p. 5.

⁹⁰⁵ Nesta perspectiva, visando identificar a preponderância do interesse pelo instituto, foi realizada pesquisa quantitativa a partir da data de início de vigência do novo Código de Processo Civil até o dia 28 de maio de 2018, a fim de identificar os sujeitos processuais responsáveis pela instauração dos Incidentes de Resolução de Demandas Repetitivas até então em tramitação no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, observou-se que, dos quatorze admitidos, doze foram instaurados de

Além do problema mais amplo referente à legitimidade conferida ao Poder Judiciário para promover a instauração do IRDR, a possibilidade de deflagração a pedido do juízo de primeira instância também tem suscitado debates, notadamente em razão das diversas alterações pelas quais passou o projeto de lei (PLS 166/10 e PL 8046/10) que culminou na elaboração do Código de Processo Civil atualmente em vigor⁹⁰⁶. Não obstante a existência de argumentos em sentido contrário⁹⁰⁷, uma interpretação conforme a Constituição induz necessariamente à submissão da deflagração do IRDR à existência de processos discutindo a matéria no âmbito do tribunal responsável pelo julgamento do incidente, na medida em que, além de evitar a utilização preventiva do IRDR⁹⁰⁸, permite maior

ofício, apenas dois por parte e nenhum pelo Ministério Público ou pela Defensoria Pública, sendo possível concluir que o IRDR tem sido suscitado preponderantemente de ofício, corroborando, portanto, as inferências acima esposadas, porquanto a pesquisa demonstra o claro desinteresse do Ministério Público e da Defensoria Pública pela utilização do incidente, já que não houve qualquer pedido de instauração por esta e somente dois daquele, bem como pouco interesse pelas partes, se comparado ao número de instaurações ocorridas de ofício.

⁹⁰⁶ Conforme descrevem Aluísio Mendes e Sofia Temer em comentários ao aludido dispositivo legal: "A previsão legal que confere legitimidade para o juiz de primeiro grau requerer a instauração do incidente é ponto que vem gerando controvérsias doutrinárias. Na versão do CPC aprovada pelo Senado, em 2010, o instituto poderia ser instaurado logo em primeiro grau, quando houvesse potencial de repetição de causas, à semelhança do modelo alemão (art. 930 do PLS 166/2010). Na versão posterior, aprovada pela Câmara revisora, o instituto mudou de feição, somente sendo admitida sua instauração quando houvesse efetiva repetição e causa de competência do tribunal pendente de julgamento, sendo a iniciativa de instauração restrita ao relator, não compreendendo o juiz de primeiro grau (art. 988 do SCD ao PLS 166/2010). Por ocasião da votação e aprovação final pelo Senado, foi revigorada a autorização ao juiz para requerer ao tribunal a instauração do incidente, mediante ofício (art. 977, I), suprimindo-se a regra relativa à obrigatoriedade de pendência de causa no Tribunal. Não obstante, foi inserida no parágrafo único do art. 978 uma previsão que menciona que o órgão que julgar o incidente deverá julgar o recurso, remessa necessária ou processo de competência originária do qual este se originar, o que sugere que o(s) processo(s) de onde se originar o incidente deverá(ão) estar tramitando perante os tribunais. (GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., "Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015", Revista de Informação Legislativa, v. 208, 2015).

⁹⁰⁷ Conforme sintetizam Aluísio Mendes e Sofia Temer: "No que se refere à primeira leitura – instauração a partir do primeiro grau – podemos apontar os seguintes fundamentos: a) a literalidade do art. 977, I, permite a instauração por provocação do juiz, o que, de modo intuitivo, leva à conclusão de que isto ocorreria a partir de um dos processos sob sua competência; b) a instauração a partir do primeiro grau seria uma das características mais relevantes do novo instituto, por evitar a multiplicação de demandas por tempo indevido, com potencial de gerar de modo mais célere a previsibilidade, uniformidade e segurança almejadas. Este fundamento, aliás, constou do relatório apresentado para votação no Plenário do Senado, que eliminou as disposições constantes do projeto aprovado pela Câmara que restringiam a instauração a processos em segundo grau". (MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia Orberg. Art. 979. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; Cunha, Leonardo (orgs.). Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2016, n.p).

⁹⁰⁸ Analisando os riscos da utilização preventiva do IRDR argumenta Dierle Nunes que: "Igualmente, a admissão do IRDR preventivo, que permitiria a padronização decisória de casos antes mesmo do dissenso interpretativo, implicaria em se valer do instituto com viés puramente utilitarista e como

amadurecimento do debate acerca da questão antes de sua uniformização.⁹⁰⁹ Nesse sentido, alertando para os riscos da admissão do IRDR com fundamento em divergência inexistente em processo que esteja em tramitação no tribunal, afirma Leonardo Greco:

A sua vulgarização, além de comprometer o contraditório e o direito de defesa, que devem ser assegurados com amplitude, pode transformar-se num mecanismo de coletivização de demandas por iniciativa dos próprios juízes de primeiro grau, entregando nos braços dos desembargadores, e mesmo antes de qualquer decisão de primeiro grau, todas as novas questões de direito que se afigurem passíveis de virem a ser suscitadas em multiplicidade de demandas. Além disso, esse tipo de cognição, destinada a revelar o sentido da lei, se afasta completamente do método tradicional de exercício da jurisdição, sempre voltado para a revelação da vontade da lei em face dos fatos e circunstâncias do caso concreto, cuja identidade perfeita dificilmente se apresenta quando se escolhe um determinado processo como paradigma de todos os outros, reduzindo a cognição ao que possam desvendar que tenham em comum e, em contrapartida, ignorando as suas especificidades e diferenças⁹¹⁰.

A adoção desta exegese tem o condão de influenciar toda a tramitação do incidente, na medida em que propicia a adequada delimitação da tese a ser debatida a partir de uma maior amplitude e qualidade dos argumentos esposados, bem como aumento das possibilidades de seleção de processos potencialmente passíveis de afetação e, conseqüentemente, ampliação do diálogo e da participação de eventuais interessados e da sociedade civil, privilegiando, por conseguinte, o contraditório efetivo.

Além disso, uma seleção precipitada de processos para sua afetação como representativos da controvérsia que estejam desconectados da amplitude da

mera técnica de gerenciamento de casos. Como resultado, decorreria um *precedente fictício*, já que a análise dos argumentos relevantes só se mostra francamente possível após a divergência. (...) Esse modo de utilização dos precedentes como padrões decisórios preventivos (e superficiais) e de função eminentemente gerencial é especialmente problemática ao se considerar a suspensão de inúmeros processos que versem sobre a questão, obstando que diversas pessoas tenham suas pretensões e argumentos apreciados, sem que sequer haja um debate efetivo sobre a tese jurídica controvertida." GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., "Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015", Revista de Informação Legislativa, v. 208, 2015, p. 134).

⁹⁰⁹ Não por outro motivo o Enunciado 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis dispõe: "A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal".

⁹¹⁰ GRECO, L., "Contraditório efetivo", Revista eletrônica de Direito Processual, v. 15, 2015, p. 1-12.

questão debatida atentam contra a própria lógica do instituto, nomeadamente seu escopo de proporcionar segurança jurídica, pacificando os conflitos surgidos do debate de questões idênticas e concretizar o princípio da razoável duração dos processos ao reduzir o número de demandas em tramitação a partir da aplicação da tese jurídica fixada, na medida em que eventuais prejudicados pelo açodamento do tribunal poderiam provocar a distinção ou mesmo a superação da decisão, protelando a pacificação almejada pela utilização do IRDR.⁹¹¹

Exemplo contrário à interpretação aqui proposta foi a feita pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro no IRDR nº 0023205-97.2016.8.19.0000, conforme se depreende da seguinte passagem constante na decisão que exerceu juízo positivo de admissibilidade:

Neste ponto, cabe fazer uma observação sobre o cabimento deste incidente em casos como este, em que o processo originário nº 0135325-80.2016.8.19.0001, deflagrado por ação de obrigação de fazer, tramita em primeira instância. É que uma leitura apressada do parágrafo único do art. 978, do Código de Processo Civil, poderia levar à conclusão, a meu ver, equivocada, de que o incidente só seria cabível se suscitado em recurso, remessa necessária ou em processo de competência originária do Tribunal. Ocorre que, segundo penso, não faz sentido restringir o seu cabimento a feitos em trâmite no Tribunal, pois seria um estímulo à desnecessária proliferação de ações marcadas pela mesma controvérsia. No entanto, a meu pensar, naquele parágrafo único estão expressos os caos em que o próprio colegiado competente para decidir o incidente julgará a questão constitutiva do mérito dos processos originários, o que não acarretará supressão de instância, nem significa dizer que o incidente não seja cabível se suscitado em caso como este. Aliás, o art. 977, I, prevê expressamente a

⁹¹¹ Neste sentido: "Em termos pragmáticos, também é importante delimitar critérios mais claros para o manejo do instituto, pois uma decisão prematura pode vir a sofrer inúmeras distinções (*distinguishings*), superações (*overrulings*) ou ser questionada pela via da reclamação (art. 985, § 1o, do CPC/2015), a ponto de esvaziar a própria utilidade do instituto e estimular a litigiosidade. No mesmo sentido, aponta Leonardo Carneiro da Cunha, ao afirmar que, em qualquer assunto, o dissenso inicial gera ambivalência, incerteza e até mesmo ignorância a respeito da amplitude das questões envolvidas e de suas implicações na vida de cada um dos sujeitos interessados no tema. A essa altura, quando ainda se iniciam as discussões e se instaura a polêmica, ainda não se chegou ao melhor momento para que o tribunal se posicione e fixe uma tese jurídica a ser aplicável a casos futuros. (...) Logo, hão de se considerar salutares os primeiros debates acerca de determinadas questões, pois esse dissenso inicial é importante para a renovação do entendimento jurisprudencial e para a construção democrática e dialética do Direito, por meio da jurisprudência que se criará. Ademais, o próprio inciso II do art. 976 do CPC/2015 exige a efetiva configuração de risco à isonomia e à segurança jurídica, o que denota um sentido muito mais profundo do que meras divergências iniciais." (GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., "Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015", Revista de Informação Legislativa, v. 208, 2015, p. 193).

legitimidade do juiz para provocar instauração do incidente ao Presidente do Tribunal e, neste caso, a todas as luzes, feito o pedido por Juíza de Direito em ação de obrigação de fazer em fase de citação, sem que tenha sido nela interposto qualquer recurso, é de se afirmar, desde já, que não poderá ocorrer a avocação) do parágrafo único do art. 978 do Código de Processo Civil, porque o incidente se originou de processo que tramita em primeira instância, a qual não pode ser suprimida e, por isso, excluída fica a competência para julgar o feito originário. Então, segundo penso, já que o Código de Processo Civil prevê a possibilidade de juiz pedir a instauração do incidente, é desnecessária a existência prévia de recurso ou ação originária no tribunal, que, neste caso, julgará apenas o incidente, fixando a tese jurídica. Em outros termos, dar-se-á aqui uma cisão cognitiva, pois compete a este Órgão julgar apenas o incidente e ao primeiro grau julgar a causa contida no feito originário.

Na mesma direção, em decisão de admissão do IRDR nº 32321-30.2016.8.19.0000, decidiu o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

Preliminarmente, tenho que deve ser afastada a tese de não ser possível a admissão do incidente, arguida por juiz de primeiro grau, por não estar o feito que originou o incidente em trâmite recursal. Esta questão foi intensamente debatida nos meios jurídicos, notadamente pelo Prof. Aluisio Gonçalves de Castro Neves [sic], que aponta a função específica do IRDR, de DEFINIR TESE JURÍDICA, com origem no direito alemão (Mustervenfahren), prevenindo insegurança jurídica. Das discussões travadas, onde inclusive se apreciou a tese trazida pela Ilustre Procuradora de Justiça, a conclusão da ENFAM foi a da não necessidade de haver processo em curso no Tribunal para que o juiz de primeiro grau possa suscitar o incidente, posto que tal inclusive desvirtuaria o objetivo de uniformizar as teses a serem aplicadas, evitando a dilatação de julgamentos contraditórios.

Entretanto, mesmo que se entenda que a deflagração do incidente a partir da primeira instância não implique necessariamente em sua utilização em caráter preventivo ou que em razão disto sua legitimidade democrática estaria contaminada, como no caso do autor citado na passagem acima transcrita, se reconhece que a deflagração somente em segundo grau seria escolha mais adequada, conforme esposado pelo citado autor:

[A]dmittida a instauração a partir do primeiro grau, haveria risco de ausência de amadurecimento e debate da questão para se alcançar uma padronização decisória excelente. Nessa linha, seria prudente esperar a tramitação de

diversos processos em primeiro grau, com a prolação de decisões judiciais a respeito e interposição dos recursos com as razões de reforma de tais decisões, para que o tribunal enfim uniformizasse a questão a partir do IRDR. Boa parte da crítica à instauração em primeiro grau equipara-a ao julgamento preventivo. Concordamos que o amadurecimento da questão e o efetivo debate sobre o tema são indispensáveis para a boa aplicação do instituto. Contudo, não se pode esquecer que mesmo que revigorada na versão final do Código a permissão ao juiz de primeiro grau para instaurar o incidente (art. 977, I), não foi reproduzida a versão inicial do projeto de lei, que permitia a instauração do incidente a partir do “potencial” de multiplicação de demandas (art. 930 do PLS 166/2010). De fato, exige-se a efetiva repetição como requisito de instauração do IRDR. Desse modo, a instauração a partir do primeiro grau não implica necessariamente a formação de incidente com caráter preventivo e nem significa que haverá déficit democrático, pela ausência de debates sobre o tema, muito embora reconhecamos que a instauração a partir de processos no segundo grau seria melhor em termos de debate, participação e amadurecimento da questão controversa.⁹¹²

De fato, vislumbrar o risco de precoce deflagração do IRDR pela mera formulação de pedido do juízo de primeiro grau pode parecer exagerado e representar uma confusão entre o pressuposto de admissibilidade do IRDR acima proposto, qual seja, a pendência de processo no respectivo tribunal discutindo a matéria, e a legitimidade para suscitar o incidente. Evidentemente que o raciocínio parte da premissa de que seria impossível o juiz requerer a instauração do IRDR a partir de processo alheio à sua competência e, portanto, se o juiz de primeira instância requer a instauração de um IRDR, isso significa que a discussão ainda não chegou ao respectivo tribunal.

Porém, tendo em vista a necessidade de partir-se da presunção de constitucionalidade das leis, de modo a ilidir declaração de inconstitucionalidade sempre que possível por ser resultado excepcional, que, portanto, deve ser evitado quando se puder interpretar um dispositivo legal de acordo com a Constituição, de modo a preservar a legitimidade, parece possível concertar as duas interpretações na hipótese de haver processos no tribunal discutindo a questão sem que tenha sido instaurado o IRDR e o juiz de primeira instância, ao se deparar com a existência de processo cuja questão seja objeto de discussão em processos pendentes de julgamento no respectivo tribunal, suscitar a deflagração do

⁹¹² GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., “Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015”, *Revista de Informação Legislativa*, v. 208, 2015.

incidente. Deste modo, evita-se a supressão da legitimidade do juiz de primeira instância por inconstitucionalidade e, a partir da manutenção da necessidade de haver processo discutindo a questão repetitiva no tribunal competente para julgar o IRDR, afasta-se a possibilidade de violação do contraditório pela reduzida amplitude do debate.

IV CONCLUSÕES

O presente trabalho demonstrou a dificuldade em se antever o interesse dos legitimados previstos no inciso III do art. 977 do CPC pelo IRDR, em razão de sua atuação adstringe-se ao requerimento de instauração, o que não tem exata correspondência com sua função institucional de proteção dos direitos sociais e individuais indisponíveis e defesa do interesse dos necessitados, conforme o perfil delineado pelo constituinte para o Ministério Público e Defensoria Pública, bem como o problema referente à legitimidade conferida ao Poder Judiciário para promover a instauração do IRDR, com a possibilidade de deflagração a pedido do juízo de primeira instância.

Assim, propôs-se uma interpretação conforme a Constituição no sentido de submeter a deflagração do IRDR à existência de processos discutindo a matéria no âmbito do tribunal responsável pelo julgamento do incidente, na medida em que, além de evitar a utilização preventiva do IRDR, permite maior amadurecimento do debate acerca da questão antes de sua uniformização como forma de propiciar a adequada delimitação da tese a ser debatida a partir de uma maior amplitude e qualidade dos argumentos esposados, bem como aumento das possibilidades de seleção de processos potencialmente passíveis de afetação e, conseqüentemente, ampliação do diálogo e da participação de eventuais interessados e da sociedade civil, privilegiando, por conseguinte, o contraditório efetivo.

Deste modo conclui-se que a interpretação proposta é a que mais se coaduna com a Constituição da República, devendo ser privilegiada pelos tribunais na interpretação do art. 977, CPC, evitando que a primazia conferida à eficiência e celeridade em detrimento da promoção dos demais direitos fundamentais de caráter processual e da indevida mitigação do princípio dispositivo, culminem na desproporcional redução da participação do jurisdicionado e a demasiada ampliação dos poderes do órgão jurisdicional, em contrariedade com as expectativas que são depositadas no Poder Judiciário no contexto de um Estado

Democrático e Constitucional de Direito, onde a participação popular e o respeito aos direitos fundamentais devem conformar a atuação do Estado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, M. P., “Precedentes Judiciais: Análise crítica dos métodos empregados no Brasil para a solução de demandas de massa”, Juruá Editora, Curitiba, 2014.

CABRAL, A. P., “Contraditório”. In: TORRES, R. L.; KATAOKA, E. T.; GALDINO, F. (org)., “Dicionário de princípios jurídicos”, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, p. 193-210.

GONCALVES, G. M.; DUTRA, V. B., “Apontamentos sobre o novo incidente de resolução de demandas repetitivas do Código de Processo Civil de 2015”, Revista de Informação Legislativa, v. 208, 2015, p. 189-202.

GRECO, L., “Contraditório efetivo”, Revista eletrônica de Direito Processual, v. 15, 2015, p. 1-12.

GRECO, L., “O incidente de resolução de demandas repetitivas no processo do trabalho”. Palestra proferida em 2 de junho de 2016 na Escola Judicial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região no Rio de Janeiro, 2016.

MARINONI, L. G., “O 'Problema' do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas e dos Recursos Especiais e Extraordinários Repetitivos”. Revista de Processo, v. 249, 2015, p. 399-418.

MENDES, A. G. C.; TEMER, S. O., “Art. 979”. In: STRECK, L. L.; NUNES, D.; CUNHA, L. (orgs.), “Comentários ao Código de Processo Civil”, Saraiva, São Paulo, 2016.

MENDES, A. G. C., “Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas: Sistematização, análise e interpretação do novo instituto processual”, Gen/Forense, Rio de Janeiro, 2017.

NUNES, D. J. C.; MARQUES, A. L. P. C.; WERNECK, I. T. G. M.; FREITAS, L., “O perigo da utilização estratégica do IRDR por litigantes habituais e a necessidade dos tribunais refletirem sobre sua cooptação: a proibição do incidente preventivo e o caso Samarco”. In: LUCON, P. H. S.; OLIVEIRA, P. M. O. (Org.), “Panorama atual do Novo CPC”. Empório do Direito, v. 2, Florianópolis, 2017, p. 121-146.

A JUDICIALIZAÇÃO DA ACESSIBILIDADE EM FAVOR DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

COSTA, Alexander Seixas da

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil,
alexandermp@yahoo.com.br

PAUSEIRO, Sergio Gustavo Mattos

Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil,
spauseiro@gmail.com

RESUMO

A pessoa com deficiência apresenta uma proteção cada vez maior desde a Constituição da República de 1988, a Convenção da Pessoa com Deficiência em 2008 e mais recentemente o Estatuto da Pessoa com Deficiência. A acessibilidade representa o direito instrumental, o qual permite o exercício dos demais direitos, superando desta forma as barreiras existentes na sociedade. Neste sentido, analisar-se-á em que medida o Poder Judiciário, dentro de sua atividade jurisdicional, representará um ator na efetivação desta acessibilidade levando em consideração os demais poderes da República. Sem perder vista a missão constitucional dos tribunais, em harmonizar com as decisões das cortes internacionais dentro do direito interno, onde o controle de convencionalidade exerce um importante papel na ampliação do sistema de proteção da pessoa humana.

Palavras-chave: Deficiência; Acessibilidade; Judiciário; Controle; Convencionalidade.

RESÚMEN

La persona con discapacidad presenta una protección cada vez mayor desde la Constitución de la Republica de 1988, la Convención de la persona con discapacidad en 2008 y más recientemente el Estatuto de la persona con discapacidad. La accesibilidad representa el derecho instrumental, que permite el ejercicio de los demás derechos, superando de esta forma las barreras existentes en la sociedad. Em este sentido, se analizará en qué medida el Poder Judicial, dentro de su actividad jurisdicional, representará un actor en la efectivización de esta accesibilidad teniendo em cuenta los demás poderes de la Republica. Sin perder vista la misión constitucional de los tribunales, en harmonizar con las decisiones de las cortes internacionales dentro del derecho interno, donde el control de convencionalidad ejerce un importante papel en la ampliación del sistema de protección de la persona humana.

Palavra clave: Discapacidad; Acessibilidad; Judicial; Control; Convencionalidad .

ABSTRACT

The disabled person has been increasingly protected since the Constitution of the Republic of 1988, the Disabled Persons Convention in 2008 and most recently the Disabled Persons Statute. Accessibility represents the instrumental right, which allows the exercise of other rights, thus overcoming existing barriers in society. In this sense, it will be analyzed to what extent the Judiciary, within its jurisdictional activity, will represent an actor in the accomplishment of this accessibility taking into account the other powers of the Republic. Without losing sight of the constitutional mission of the courts, in harmonizing with the decisions of the international courts within the domestic law, where the control of conventionality control an important role in the expansion of the system of protection of the human person.

Keywords: Disability; Accessibility; Judiciary; Control; Conventional.

SUMARIO. I. INTRODUÇÃO; II. O SIGNIFICADO DA DEFICIÊNCIA; III. A PESSOA DEFICIENTE; IV. ACESSIBILIDADE; V – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO INTERNACIONAL; VI – GESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

I - INTRODUÇÃO

Em 2008, o Brasil ratificou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, incorporado em nosso ordenamento jurídico como Emenda Constitucional, ratificada pelo Decreto Legislativo 186 de 2008 e promulgado pelo Decreto 6949 de 2009. Cuida-se de tratado internacional que possui natureza da emenda constitucional nos termos do art. 5 § 3º da Constituição Federal (CF), e desta maneira, a efetivação do disposto no art. 4, II da Carta Constitucional de 1988, qual seja, a prevalência dos direitos humanos.

Em sede constitucional, identificam-se alguns preceitos voltados para a tutela da pessoa com deficiência, conforme se depreende, por exemplo, do art. 227

§§2º e 3º, que estatui à obrigatoriedade da adaptação de logradouros, edifícios e veículos de transporte público aos deficientes; no art. 37, VIII, que prevê a admissão em cargos e empregos públicos da pessoa com deficiência; o art. 7º, XXXI, que assegura a igualdade de direitos no trabalho. Trata-se de alguns dispositivos constitucionais que exemplificam a preocupação com o Constituinte na proteção da pessoa deficiente, incluindo-a no projeto constitucional de construir uma sociedade livre, justa e democrática.

No plano interno, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, Lei 13146/15, também conhecida como Lei Brasileira de Inclusão (LBI) criou um verdadeiro “microsistema jurídico” para os deficientes, qualquer que seja a sua natureza. Além disso, esta legislação objetivou assegurar maior autonomia à pessoa com deficiência, nas questões existenciais, e ainda assegurar a acessibilidade para que a pessoa com deficiência ultrapasse as barreiras existentes na sociedade.

O estudo da acessibilidade da pessoa com deficiência é de grande importância tendo em vista que a deficiência deve ser compreendida enquanto uma situação a qual qualquer pessoa pode, em algum momento de sua vida, se enquadrar, de ordem física, sensorial, intelectual. Além disso, refletir sobre a deficiência pela ótica de que representa um grupo heterogêneo, que requer um “agir” das instituições, no sentido de conferir o devido acesso a bens, serviços.

O presente artigo tem por objetivos realizar uma discussão a respeito do significado de deficiência, na perspectiva de que não se refere à uma falta, mas uma característica humana, ou ainda, um atributo que qualquer pessoa está sujeita. Além disso, pretende-se analisar de que forma o Poder Judiciário, por meio de sua atividade jurisdicional, poderá tornar efetiva a acessibilidade das pessoas com deficiência, ante a inércia do próprio Estado, e, no plano internacional, pelo controle de convencionalidade.

II. O SIGNIFICADO DA DEFICIÊNCIA

A primeira interrogação consiste em definir o que significa deficiência? Atualmente, tem-se identificado três grandes paradigmas explicativos do que seja a deficiência: o modelo da prescindência, o médico e o social. Estes modelos representam, na verdade, a forma pela qual a deficiência pode ser entendida, definida ou caracterizada.

No modelo da prescindência, a deficiência de uma pessoa decorre de um aspecto religioso e são desnecessárias, pois não contribuem para as necessidades da comunidade tendo em vista que a deficiência decorre de algum aspecto diabólico ou de castigo divino. Assim sendo, a sociedade prescinde destes deficientes,

aplicando-lhes políticas eugênicas, ou colocando-os no espaço destinado aos chamados “anormais” e neste quadro pode se verificar dois submodelos: o eugênico, pela prática de infanticídio de crianças deficientes, pois sua origem era religiosa, e outro designado de marginalização, isto é, o deficiente era excluído por motivo de ordem religiosa (como, por exemplo, fruto do pecado original) e que o deficiente deveria aceitar sua condição; são ainda consideradas perigosas, e por isso, ficam à margem da sociedade.⁹¹³

Para o segundo modelo, também chamado de reabilitador, fundamenta a deficiência por razões científicas, e, neste aspecto, deixam de ser consideradas inúteis ou desnecessárias e a orientação consiste no sentido de “normalizar” o deficiente.⁹¹⁴ A partir do olhar da medicina a deficiência é caracterizada enquanto patologia, que deve ser curada para que o deficiente possa ter uma participação maior na sociedade.⁹¹⁵ Nesta concepção, a intervenção médica é fundamental, pois, para o tratamento e a “reparação” da pessoa para que se torne “normal” e por isso também é designado de modelo reabilitador.⁹¹⁶ Neste sentido, a perspectiva deste paradigma médico concentra-se na noção de que a deficiência se resume apenas ao aspecto biológico e a atuação médica representaria o saber próprio para “solucionar” uma deficiência. O objetivo do paradigma médico era, pois, o de atingir a “cura” da deficiência, atribuindo ao deficiente o dever de se adaptar à sociedade,⁹¹⁷ tendo em vista que a deficiência decorre de um problema da pessoa.⁹¹⁸

É bem verdade que este paradigma implicou o desenvolvimento de políticas legislativas em favor das pessoas deficientes, em especial àqueles que

⁹¹³PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”. Cinca, Madrid, 2007, p. 14-15.

⁹¹⁴PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”, cit., p. 15

⁹¹⁵HOSNI, D. S. S., “O conceito de deficiência e sua assimilação legal”. In: PEREIRA, F. Q.; MORAES, L. C. C., “A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência”. Editora D Plácito, Belo Horizonte, 2016, p. 40-41.

⁹¹⁶BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. A., “Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis”. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L.; ALMEIDA JUNIOR, V. A. (coord). “O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Processo, Rio de Janeiro, 2017, p. 14.

⁹¹⁷BARBOSA-FORHMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W., “Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência”. In: MENEZES, J. B. (org.), “Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão”. Editora Processo, Rio de Janeiro, 2016, p. 71.

⁹¹⁸PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”, cit., p. 17.

retornavam do pós-guerra, com deficiências de diversas naturezas, por meio de pensão por invalidez e cotas de trabalho.⁹¹⁹ Ainda que tenha reconhecido direitos ao deficiente, também tem sido objeto de muitas críticas, como por exemplo, a concepção de determinado parâmetro que deveria ser seguido por todas as pessoas⁹²⁰ desconsiderando, pois, a diversidade humana.

Por outro lado, o modelo social que compreende a deficiência não pelo prisma da religiosidade e nem pela cientificidade, mas sim pela questão social, e defende os princípios da vida independente, não discriminação e acessibilidade universal.⁹²¹ As causas da deficiência não são individuais, preconiza que a pessoa com deficiência deve ser respeitada na sua autonomia e protagonismo social, apontando o problema da exclusão para a discriminação, e não para a deficiência em si,⁹²² como se pode compreender do trecho que segue:

Básicamente, el modelo bajo análisis considera a la discapacidad como un fenómeno complejo, que no se limita simplemente a um atributo de la persona, sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. Em consecuencia, ello requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida em comunidade. Dicha situación – que és más una cuestión ideológica que biológica – requiere la introducción de cambios sociales, lo que em el ámbito de la política constituye una cuestión de derechos humanos. El modelo social se encuentra, entonces, muy relacionado con la consideración de la discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Se centra en la dignidade intrínseca del ser humano, y de manera accesoria – y sólo en el caso que sea necesario – en las características médicas de la persona. Sitúa al individuo en el centro de todas las decisiones que le afecten, y sitúa el centro del problema fuera de la persona – em la sociedade.

Desta maneira, a deficiência não representa apenas um elemento intrínseco à pessoa, mas uma interação entre a pessoa e o meio ambiente a qual está em

⁹¹⁹ PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”, cit., p. 16.

⁹²⁰ PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”, cit., p. 18.

⁹²¹ PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”, cit., p. 19.

⁹²² HOSNI, D. S. S., “O conceito de deficiência e sua assimilação legal”. In: PEREIRA, F. Q.; MORAES, L. C. C., “A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência”. Editora D Plácito, Belo Horizonte, 2016, p. 42.

constante interação. Daí a necessidade de que sejam feitas modificações em diversos espaços, na cidade, na escola, no trabalho, etc, a fim de que os deficientes também tenham participação na vida social, já que também são membros da sociedade.

Além disso, este modelo sustenta que a deficiência deve ser compreendida enquanto um aspecto dos direitos humanos, e assim, reconhece a dignidade, liberdade e autonomia de cada deficiente. Assim, orienta a visão de que deve-se realizar a promoção da pessoa deficiente, e a acessibilidade representa, certamente, um dos caminhos possíveis para a efetividade de tal política.

A concretude do chamado modelo social, segundo Ana Paula Barbosa-Forhmann e Sandra Filomena Wagner Kiefer tem sua plenitude com a edição da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (CDPD), o primeiro documento internacional de proteção ao deficiente no âmbito da Organização das Nações Unidas, reforçando a noção de que o deficiente é um sujeito de direito.⁹²³ Além disso, a deficiência passa a ser tratada enquanto questão social e de direitos humanos; ocorre, portando, uma alteração no paradigma: o problema não se encontra na deficiência, mas nas barreiras existentes na sociedade.⁹²⁴

Diante do modelo social, é possível apontar dois desdobramentos: o primeiro, de que a deficiência é tratada de forma bilateral, ou seja, enquanto uma questão que a sociedade também precisa se envolver, assumindo verdadeiros deveres jurídicos, e assim, a eliminação das barreiras é uma atribuição da sociedade, e não apenas um encargo para aquele que apresenta uma deficiência. O segundo efeito consiste em que esta pessoa com deficiência deve ter assegurada os seus direitos fundamentais, como por exemplo, o direito à vida, saúde, educação, moradia, trabalho, cultura, e a acessibilidade a tais direitos.⁹²⁵

Desta maneira, não basta apenas a integração da pessoa com deficiência na sociedade, é preciso ir além, como sustenta Heloiza Helena Barboza e Vitor Almeida; é urgente que exista uma inclusão do deficiente na sociedade. O processo de inclusão da pessoa deficiente exige da sociedade um agir, uma adaptação às

⁹²³ BARBOSA-FORHMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W., “Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência”, cit. p. 77.

⁹²⁴ BARBOSA-FORHMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W., “Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência”, cit., p. 78-79.

⁹²⁵ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. A., “Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis, cit., p. 17.

pessoa com deficiência.⁹²⁶ É neste sentido que passa-se a segunda etapa do trabalho que se refere à acessibilidade da pessoa com deficiência.

III. ACESSIBILIDADE

A CDPD estabelece em seu art. 9 determina que todos os Estados signatários deste Tratado Internacional realizarão medidas com o propósito de permitir às pessoas com deficiência acessar, em igualdade de oportunidades, o meio físico, transporte, informação, comunicação e serviços em geral. No âmbito da LBI, o art. 3, inciso I, define da seguinte forma acessibilidade:

Art.3º Para fins de aplicação desta Lei, consideram-se:

I - acessibilidade: possibilidade e condição de alcance para utilização, com segurança e autonomia, de espaços, mobiliários, equipamentos urbanos, edificações, transportes, informação e comunicação, inclusive seus sistemas e tecnologias, bem como outros serviços e instalações abertos ao público, de uso público ou privado de uso coletivo, tanto na zona urbana como na rural, por pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida.

A noção de acessibilidade perpassa pelas ideias de autonomia e segurança da pessoa com deficiência na utilização de espaços, transportes, informação, comunicação, tecnologia e serviços públicos. A ideia de segurança está associada ao fato de que deve ser protegida a pessoa com deficiência em todos os seus aspectos, como se poderia compreender, por exemplo, a colocação de telefones públicos acessíveis à pessoa com deficiência visual, ou então a colocação de piso tátil nos pontos de embarque de transporte público. Assim, constata-se que o foco não deve estar na deficiência, e sim nas barreiras existentes na sociedade, e o quanto seja necessário a remoção de tais empecilhos ao desenvolvimento da pessoa com deficiência.

A acessibilidade é uma espécie de “princípio-direito” porque torna obrigatório ao Estado um fazer e agir, a fim de que o deficiente tenha incentivada sua autonomia e cidadania.⁹²⁷ Parte-se, pois do pressuposto da definição de deficiência prevista no art. 2º da LBI que considera a interação da deficiência com as barreiras o elemento que dificulta ou impede uma participação maior do deficiente na sociedade.

⁹²⁶ BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. A., “Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis, cit., p. 11.

⁹²⁷LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. C. (coord.), “Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência”, Saraiva, São Paulo, 2016, p. 244.

A acessibilidade é entendida ainda enquanto um “direito instrumental” à medida viabiliza outros direitos, pois sem acessibilidade não se pode falar em direito à locomoção (em especial nos transportes públicos), em direito ao lazer, direito ao trabalho. É através da acessibilidade que se assegura a melhoria da qualidade de vida das pessoas, que deve estar presente em várias esferas da sociedade, seja no transporte, na comunicação e nos serviços.⁹²⁸

A LBI assegura, ainda, um capítulo específico para a acessibilidade, no Livro I, Título II, e prescreve, no seu art. 53, que acessibilidade é um direito que assegura a pessoa com deficiência ou com mobilidade reduzida ter uma vida independente e exercer os direitos de cidadania e participação social. A vida independente está inteiramente ligada à noção de autonomia, à medida que o deficiente que participa de ambiente em que se respeita a acessibilidade terá sempre o direito de escolher realizar conduta por sua conta própria. Neste aspecto, pode-se destacar que a função da acessibilidade reside justamente no seguinte aspecto:

O objetivo central da acessibilidade é a efetiva inclusão social por meio de ‘condições materiais que assegurem à autônoma, independente e igualitária participação das pessoas com deficiência no exercício da cidadania, como consequência da isonomia substancial e da solidariedade social. A almejada capacidade plena das pessoas com deficiência somente é alcançada com a efetiva acessibilidade, eis que essa é instrumental para o exercício da autonomia relacionada aos atos da vida civil.

Desta maneira, ao concretizar a acessibilidade, a LBI tem por objetivo assegurar que o deficiente tenha uma vida com grande similitude àquela do não deficiente. Apenas a título de exemplo, o acesso à internet, tão usual em nosso cotidiano, deve ser acessível ao deficiente, para que possa celebrar contratos, realizar pesquisas, ou simplesmente “navegar” pelas redes sociais.

É importante registrar que a acessibilidade pode se manifestar em diversas formas; e neste sentido, pode-se mencionar a acessibilidade comunicacional, metodológica, programática e arquitetônica.⁹²⁹ Desta forma, percebe-se que melhor seria empregar a expressão acessibilidades, no plural, tendo em vista que abrange uma gama de esferas que vão de aspectos físicos (construção de rampa para pessoa deficiente física), até à postura das pessoas de respeito em prol das pessoas deficientes.

⁹²⁸GUEDES, D. M., “Deficientes visuais e acessibilidade urbanística: interações entre direitos humanos e meio ambiente”. Tese de Doutorado, Santos, 2015, p. 57.

⁹²⁹SASSAKI, Romeu. “Conceito de acessibilidade”. Disponível em la web: <<www.escoladagente.org.br>> [20-05-2019].

Em 2011, foi proposta um projeto de Emenda Constitucional (PEC) 3615/2011, nº 53 a fim de incluir a acessibilidade enquanto um direito social, recebendo parecer favorável do relator da Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania. Em seguida, foram solicitadas a formação de duas Comissões Especiais, a saber de nº 3615/2011 e 3607/2011, ambas voltadas para a admissibilidade n âmbito da Administração Pública de servidores de livre nomeação que sejam deficientes. No mês de janeiro de 2015, a Mesa Diretora da Câmara dos Deputados (MESA) determinou o arquivamento da proposta com base no art. 105 do Regimento Interno desta Casa Legislativa, e foi encaminhado apenas em setembro para a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC). Ainda foi realizado o pedido de desarquivamento, que foi negado pela Mesa tendo por fundamento o art. 105 § único da legislação acima citada.⁹³⁰

Ainda que não seja reconhecido enquanto direito social, tem-se em vista que a acessibilidade é um direito, e enquanto tal, pode e deve ser pleiteado, inclusive pela via jurisdicional. Portanto, analisar-se-á a atuação do Poder Judiciário na sindicabilidade da acessibilidade da pessoa com deficiência.

IV. A JUDICIALIZAÇÃO E O PAPEL DO JUDICIÁRIO NA EFETIVIDADE DOS DIREITOS DOS DEFICIENTES.

O Estado, do ponto de vista jurídico e normativo, apresenta a divisão clássica de três poderes de forma harmônica entre si, cada qual com sua esfera de ação. Neste sentido, a função típica do Legislativo consiste em criar leis, do Executivo de fomentar políticas públicas e do Judiciário de dirimir os conflitos na sociedade. Entretanto, essas concepções distintas entre as funções do Estado nem

⁹³⁰ Art. 105. Finda a legislatura, arquivar-se-ão todas as proposições que no seu decurso tenham sido submetidas à deliberação da Câmara e ainda se encontrem em tramitação, bem como as que abram crédito suplementar, com pareceres ou sem eles, salvo as:

- I - com pareceres favoráveis de todas as Comissões;
- II - já aprovadas em turno único, em primeiro ou segundo turno;
- III - que tenham tramitado pelo Senado, ou dele originárias;
- IV - de iniciativa popular;
- V - de iniciativa de outro Poder ou do Procurador-Geral da República.

Parágrafo único. A proposição poderá ser desarquivada mediante requerimento do Autor, ou Autores, dentro dos primeiros cento e oitenta dias da primeira sessão legislativa ordinária da legislatura subsequente, retomando a tramitação desde o estágio em que se encontrava.

sempre estão devidamente delimitadas, e assim, algumas “interferências” de um poder em outro.

Os juízes possuem garantias constitucionais que asseguram, em regra, sua autonomia para decidir, independente de fatores externos. Entretanto, o modelo de um realismo jurídico não acredita que seja possível a distinção entre direito e política e de que a suposta objetividade do direito representa um mito.⁹³¹ Assinala Luis Roberto Barroso que o modelo real apresenta por um lado uma autonomia do direito em relação à política e, por outro, tal realidade será relativizada tendo em vista que as decisões dos juízes podem sofrer influências de fatores extrajurídicos.⁹³²

O Poder Judiciário tem atravessado por um processo de ampliação de sua esfera de atuação em contraposição ao Poder Legislativo, marcado por uma crise de funcionalidade e representatividade.⁹³³ De fato, este Poder além de não discutir e aprovar legislações de grande relevância, como por exemplo, a regulamentação do direito de greve dos servidores públicos (que, aliás, é empregada como referência à serviços essenciais a Lei de Greve da iniciativa privada). Além disso, nem sempre os eleitos democraticamente representam as maiorias, ou sequer, desfruta da aprovação e confiança dos eleitores.

A Corte Constitucional, o Supremo Tribunal Federal (STF), segundo Luis Roberto Barroso, desempenha dois papéis: o primeiro, contra majoritário, no sentido de que, em nome da Constituição Federal, poderá sobrepor sua decisão àquela do Legislativo e Executivo, por meio do controle de constitucionalidade. Ademais, o STF exerce uma função representativa, tendo em vista que atende os anseios políticos que não foram satisfeitos pelo Congresso Nacional.⁹³⁴

De outra parte, é indispensável que juízes e tribunais adotem certo rigor dogmático e assumam o ônus argumentativo da aplicação de regras que contenham conceitos jurídicos indeterminados ou princípios de conteúdo fluido. O uso abusivo da discricionariedade judicial na solução de casos difíceis pode ser extremamente problemático para a tutela de valores como segurança e justiça, além de poder comprometer a legitimidade democrática da função judicial. princípios como dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade não são cheques em branco para o exercício de

⁹³¹ BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, 4 ed, Saraiva, São Paulo, 2013, p. 430.

⁹³² BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, cit., p. 430.

⁹³³ BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, cit., p. 436.

⁹³⁴ BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, cit., p. 436.

escolhas pessoais e idiossincráticas. Os parâmetros da atuação judicial, mesmo quando colhidos fora do sistema estritamente normativo, devem corresponder ao sentimento sócia e estar sujeitos a um controle intersubjetivo de racionalidade e legitimidade.⁹³⁵

De fato, o emprego dos princípios constitucionais deve apresentar devidamente fundamentado, explicitando o que se entende por dignidade da pessoa humana, razoabilidade e solidariedade. Apesar da vagueza de um conceito jurídico indeterminado, é de grande importância que o julgador desenvolva o que representa estes princípios e não apenas aplique-os de forma subsunção.

O Judiciário representa a função do Estado que tem o dever de dar uma “resposta” a todo aquele que solicita um provimento jurisdicional, a fim de assegurar direitos. Neste sentido, é recorrente a distinção entre os direitos civis, políticos e sociais, no sentido de que os primeiros requer uma abstenção do Estado ao passo que o último implica um agir estatal. Nesta visão, a ideia corrente de que apenas nos direitos sociais implica um custo é questionada por Virgílio Afonso da Silva, no sentido de que tanto nos direitos civis e políticos, quanto nos direitos sociais, implica um custo.⁹³⁶ Infelizmente não há como efetivar todos os direitos sociais em sua máxima latitude. Assim sendo, cada decisão judicial que determinar uma medida que envolva uma prestação do Estado implicará, obrigatoriamente, na retirada de verba para investimento em outra área.⁹³⁷

Desta maneira, fica a questão: onde o Estado deverá investir? E diante da acessibilidade para as pessoas com deficiência, qual deve ser a providência estatal? É importante, no primeiro momento, refletir sobre o papel atividade jurisdicional no contexto da democracia brasileira.

Segundo Daniel Sarmiento, a alegação de que os direitos sociais não podem ser reclamados porque apresentam um custo é superada, e diante disso,

⁹³⁵ BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”, cit., p. 450.

⁹³⁶ SILVA, V. A., “O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.), “Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 591-592.

⁹³⁷ “Ora, cada vez que uma decisão judicial concede alguma prestação material a alguém, ela retira recursos do bolo destinado ao atendimento de outros direitos fundamentais e demandas sociais. Cada decisão explicitamente alocativa de recursos envolve também, necessariamente, uma dimensão implicitamente desalocativa. Em palavras mais toscas, sendo curto o cobertor, cobrir o nariz implica deixar os pés do lado de fora.”. SARMENTO, D. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.), “Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010, p. 556.

apresenta como parâmetro para a concessão (ou não) de um direito social o significado de “reserva do possível.”⁹³⁸Na visão deste constitucionalista, a reserva do possível deve estar relacionada a “razoabilidade da universalização da prestação exigida, considerando os recursos efetivamente existentes.”⁹³⁹ Assim sendo, não basta pensar em conferir o direito apenas a uma pessoa, se não for possível sua universalização, sob pena de ofender o princípio da isonomia.

Além disso, aponta Daniel Sarmento que a tutela coletiva representa um importante instrumento para se verificar o “potencial de universalização”, ou seja, verificar o impacto que uma decisão de uma ação civil pública pode provocar.⁹⁴⁰ Cuida-se de um elemento que visa racionalizar as políticas públicas, e de certa forma, relativizando o “dogma” do mérito administrativo. Neste sentido, instituições como, por exemplo, o Ministério Público ou Defensoria Pública poderiam atuar na cobrança via jurisdicional a fim de concretizar os direitos dos deficientes, ainda que tal medida venha a causar um grande impacto financeiro, tendo em vista que se deve promover a pessoa humana na sua integralidade, em especial, os deficientes que, em muitas situações se encontram em um quadro de vulnerabilidade. Caso não seja atendida no plano interno, o deficiente poderá buscar a tutela de seu direito no plano internacional e daí a importância do estudo do controle de convencionalidade.

V – O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E O SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CENÁRIO INTERNACIONAL.

⁹³⁸ SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos*. Ibidem, p. 596.

⁹³⁹ “Por este critério, por exemplo, um portador de determinada doença grave postular a condenação do Estado a custear o seu tratamento no exterior, onde, pelo maior desenvolvimento tecnológico, a sua patologia tiver maior chances de cura, o juiz não deve indagar se o custo decorrente daquela específica condenação judicial é ou não suportável para o Erário. A pergunta correta a ser feita é sobre a razoabilidade ou não da decisão do Poder Público e não proporcionar este tratamento fora do país, para todos aqueles que se encontrem em situação similar à do autor. Trata-se, em suma, de avaliar a legitimidade constitucional de uma omissão em matéria de política pública, o que demanda um olhar focado não só na árvore, mas em toda floresta. SARMENTO, D. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos”, cit., p. 572

⁹⁴⁰ Ademais, as ações coletivas tendem a possibilitar uma instrução processual mais completa, franqueando ao juiz um maior contato com inúmeras variáveis envolvidas na implementação das políticas públicas de atendimento dos direitos sociais, que tenderiam a ser negligenciadas nas ações individuais. Isto, evidentemente, possibilita a adoção de decisões mais informadas, a partir de uma visão mais abrangente da problemática subjacente à adjudicação de cada direito social. Cf. SARMENTO, D. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos”, cit., p. 585.

O controle de convencionalidade das leis traduz-se no processo de compatibilização vertical (sobretudo material) das normas domésticas com os comandos encontrados nas convenções internacionais⁹⁴¹ e, de tal maneira, alcança uma nobreza tal capaz de servir em prol dos Direitos Humanos, na medida em que estes emergem no contexto supranacional. Íntima relação também encontra o controle de convencionalidade com os preceitos kantianos de cidadania universal⁹⁴² que propunha uma maleabilidade dos limites nacionais, ao passo que há um incremento no processo de fortalecimento desse direito convencionalizado fruto de concepções éticas supranacionais.

De maneira pragmática, essa ferramenta tem se desenvolvido de forma bastante diversa em diferentes países ao redor do globo, o que torna esse possível caminho de efetivação dos Direitos Humanos mais tortuoso. No âmbito da União Europeia, é possível perceber um controle de convencionalidade mais rígido, vez que é reconhecido que os ordenamentos nacionais estão, automaticamente, vinculados às normas de Direito de Integração do bloco, em respeito ao adotado monismo jurídico, defendido especialmente por Hans Kelsen. Em contrapartida, na América Latina vigora o dualismo jurídico, fomentando o questionamento contínuo do status que possuem os ordenamentos internacionais de Direitos Humanos⁹⁴³.

O dito dualismo resta por provocar uma necessidade de regras hierárquicas básicas e bem definidas dos diversos diplomas normativos vigentes no país, tratando aqui da especificidade do caso brasileiro. Nesse contexto, o controle de convencionalidade encontra um obstáculo. Apesar de ser prevista a aplicação do direito dos tratados no âmbito interno da jurisdição, restam escassas as diretrizes de como deve ser realizado tal procedimento.

Passa-se à análise das jurisprudências selecionadas, tecendo breves considerações sobre o caso que cada uma representa e como o controle de convencionalidade aplicado tendo elas como parâmetro poderia auxiliar na preservação de

⁹⁴¹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. “Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro”. Revista de informação legislativa, v. 46, 2009, p. 215.

⁹⁴² KANT, I. “A Paz Perpétua – Um Projecto Filosófico”, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008, p.36.

⁹⁴³ MERA, Manuel Góngora. “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune* latinoamericano”. In: VON BOGDANDY, Armin; FIX-FIERRO, Héctor; y ANTONIAZZI, Mariela Morales (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*, IIJ/UNAM e Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México D.F., 2014, p. 319.

direitos fundamentais no Brasil no momento atual e da própria proteção aos direitos do deficiente.

5.1. Casos de Controle de Convencionalidade

5.1.1. Caso Fazenda Brasil Verde

A demanda dos Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde foi apresentada pelo *Centro pela Justiça e o Direito Internacional* (CEJIL) e pela *Comissão Pastoral da Terra* (CPT) ainda em 1998 para emergir, tão somente no ano de 2016⁹⁴⁴, após ser submetida à jurisdição da Corte pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), a sentença que verificou a persistência do trabalho escravo em tempos atuais no estado do Pará.

Em um primeiro momento, fora emitido o Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 169/11 da CIDH que, por sua vez, concluiu pela condenação do Estado brasileiro na medida em que considerou o Brasil responsável internacionalmente pela a) não adoção de medidas suficientes e eficazes quando da fiscalização das condições dos trabalhadores nos anos de 1993, 1996, 1997 e 2000; b) não adoção de medidas garantidoras dos direitos relativos às garantias judiciais e da proteção judicial aos “trabalhadores Iron Canuto da Silva, Luis Ferreira da Cruz, Adailton Martins dos Reis, José Soriano da Costa, e dos familiares dos dois primeiros, entre os quais figuram José Teodoro da Silva e Miguel Ferreira da Cruz”; e c) aplicação da prescrição em desfavor dos “trabalhadores Iron Canuto da Silva, Luis Ferreira da Cruz, Adailton Martins dos Reis, José Soriano da Costa, José Teodoro da Silva e Miguel Ferreira da Cruz, bem como dos trabalhadores que estavam na Fazenda Brasil Verde durante as fiscalizações de 1997”.

Ademais, a Comissão recomendou que o Estado brasileiro reparasse o dano causado, tanto material quanto moral, bem como que a Corte procedesse à investigação e consequente sanção dos responsáveis pelas violações aos direitos humanos dos trabalhadores envolvidos na lide, incluindo funcionários da Administração Pública. Recomendou, ainda, o estabelecimento de um novo mecanismo com o fim de facilitar a localização de vítimas de trabalho escravo para que sejam seus direitos também reparados. Acrescentou da necessidade de políticas públicas contínuas com o objetivo de erradicar o trabalho escravo, bem como do fortalecimento do aparato jurídico – devendo este ser mais bem coordenado quanto às

⁹⁴⁴Disponível em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/Sentenca_Fazenda_Brasil_Verde.pdf. Data de acesso: 16/06/2019.

searas penal e trabalhista – reforçando, por fim, o necessário zelo pelo cumprimento das leis trabalhistas e pela erradicação da discriminação racial.

As recomendações foram dispensadas ao Estado brasileiro em 2012 através de notificação, devendo retornar com relatório sobre seu cumprimento no prazo de 02 meses. Passadas 10 extensões desse prazo concedido, a CIDH julgou as informações prestadas pelo Brasil insuficientes, ensejando na submissão do caso à Corte em 4 de março de 2015, tendo sua sentença deliberada na sessão de dia 18 de outubro de 2016.

A Corte IDH votou no presente caso pela condenação do Brasil no sentido de que o Estado deveria proceder ao reinício das investigações e dos processos penais referentes aos fatos constatados no ano de 2000, devendo evitar que transcorresse o prazo prescricional em detrimento de uma possível inércia quanto ao sentenciado.

5.1.2. Caso Fazenda Nova Brasília

Nos anos de 1994 e 1995, ocorreram dois episódios conhecidos como as Chacinas da Favela de Nova Brasília, localizada no Complexo do Alemão, na cidade do Rio de Janeiro, Brasil. Em cada uma dessas chacinas, treze pessoas foram assassinadas sumariamente pelos policiais integrantes da operação que acontecia na localidade no momento das chacinas. Tais mortes foram registradas e justificadas como “autos de resistência”, ou seja, como provocadas pela resistência dessas pessoas contra as ordens das autoridades policiais e suas prisões. Inclusive, se alega que, no episódio de 1994, três mulheres teriam sofrido tortura e violência sexual por parte dos agentes. Alega-se que as investigações das mortes ocorridas teriam prosseguido sem a devida imparcialidade, buscando, a todo momento, estigmatizar e culpabilizar as vítimas, sem verificar a legitimidade do uso da força policial.

Tanto o *Centro por la Justicia y el Derecho Internacional* (CEJIL) quanto o *Human Rights Watch Americas* apresentaram petições à Comissão Interamericana. Ao emitir seu Informe de Fundo, em 2011, foi decidido pela Comissão o trâmite em conjunto dos dois requerimentos, por serem sobre fatos similares e que revelavam o mesmo padrão de conduta. O mesmo Informe apresentou o entendimento da Comissão de que o Estado era internacionalmente responsável pela violação dos direitos consagrados no artigo 4.1 da Convenção Americana (Direito à Vida), no artigo 5.2 (Vedação à tortura e a penas e tratos cruéis, desumanos ou degradantes), no artigo 8.1 (Garantias Judiciais), no artigo 11 (Proteção da Honra e da Dignidade), no artigo 19 (Direitos da Criança) e no artigo 25.1 (Proteção Judicial), todos em conexão com o artigo 1.1 da Convenção (Obrigação de respeitar os direitos).

Ainda, entendeu que ocorreu violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

Desse modo, a Comissão estabeleceu uma série de recomendações ao Estado do Brasil, dentre elas que fosse realizada uma efetiva e exaustiva investigação sobre os fatos, que fossem adotadas as medidas necessárias para a compensação das vítimas pelos danos materiais e morais gerados pelas violações e fosse erradicada a impunidade da violência policial em geral.

Com o não cumprimento por parte do Estado Brasileiro das recomendações definidas pela Comissão, esta submeteu o caso à Corte em 19 de maio de 2015, especificamente as ações e omissões estatais que ocorreram ou continuaram ocorrendo após 10 de dezembro de 1998, data da aceitação da competência da Corte por parte do Estado.

Após o prosseguimento de todas as etapas perante a Corte Interamericana, tais como a apreciação das exceções preliminares submetidas pelo Estado, a manifestação dos *Amicus curiae* e a Audiência Pública sobre o caso, a Corte decidiu, em 16 de fevereiro de 2017, pelo reconhecimento da responsabilidade internacional da República Federativa do Brasil no que concerne à violação dos artigos 5.1 (Vedação à tortura e a penas e tratos cruéis, desumanos ou degradantes), 8.1 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) do Pacto de São José da Costa Rica, bem como os artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura e o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Ainda, estabeleceu uma série de disposições a serem tomadas pelo Estado como forma de cessar a violação aos direitos humanos no presente caso e de oferecer reparação às vítimas dessas violações, tais como tratamento psicológico e psiquiátrico imediato a elas, publicar a sentença em diversos meios de comunicação e realizar um ato público de reconhecimento da responsabilidade internacional aferida⁹⁴⁵.

VI – GESTÃO DOS DIREITOS HUMANOS NO DIREITO INTERNO

Em um primeiro momento, nesse ponto, é necessário explicitar a importância quando da análise não só das sentenças proferidas pelas Cortes Internacionais, em especial pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas também das opiniões consultivas para a construção de um direito que de fato dialoga com

⁹⁴⁵ Para mais informações, confira-se a sentença da Corte IDH na íntegra em: http://www.itamaraty.gov.br/images/Banco_de_imagens/SENTENCIA_FAVELA_NOVA_PORTUGUESfinal.pdf. Data de acesso: 16/06/2019.

o dever-ser de um direito mais humano. Isso porque o controle de convencionalidade trata da adequação do juízo interno, seja este em sede judicial ou em sede administrativa⁹⁴⁶, a um determinado entendimento que se deseja ser o ideal ou o mais próximo possível de o ser, considerando as limitações inerentes à defesa de um direito.

A Corte Interamericana em si possui dois propósitos, quais sejam o de servir aos Estados que a ela se submetem nas formas de a) um tribunal propriamente dito, proferindo sentenças; e b) de um tribunal-consultor jurídico às questões atinentes ao direito internacional, lançando mão das fontes do direito convencionalizado que sejam pertinentes caso a caso, baseando-se na sua própria jurisprudência para que a dúvida apresentada à Corte seja dirimida⁹⁴⁷.

Destarte, ainda que emitindo tão somente uma opinião consultiva, a Corte, ainda que com um poder não-vinculante do que se segue a partir dessa, age como um tribunal e, portanto, resta o resultado da consulta como uma pertinente fonte para basear um possível controle de convencionalidade quando da ausência de sentenças que sejam aplicáveis a determinados casos concretos.

O protocolo de compromisso com os Direitos Humanos do MERCOSUL foi ratificado pelo Brasil através do Decreto n.º 7.225/ 2010. Na

⁹⁴⁶ Merece destaque, aqui, a jurisprudência da Corte IDH, em especial aquela consolidada pelo Caso *Gelman vs. Uruguai*, com sentença datada de 24/02/2011 (disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>>. Data de acesso: 16/06/2019. O Juízo da Corte, nesse contexto, afirma nos parágrafos 193 e 239 a obrigatoriedade da observância pelos órgãos que compõem a Administração Pública de exercer o controle de convencionalidade. Confira-se: “193. Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana. [...] 239. [...] A legitimação democrática de determinados fatos ou atos numa sociedade está limitada pelas normas e obrigações internacionais de proteção dos direitos humanos reconhecidos em tratados como a Convenção Americana, de modo que a existência de um verdadeiro regime democrático está determinada por suas características tanto formais como substantivas, motivo pelo qual particularmente em casos de graves violações às normas do Direito Internacional, a proteção dos direitos humanos constitui um limite intransponível à regra de maiorias, isto é, à esfera do “suscetível de ser decidido” por parte das maiorias em instâncias democráticas, nas quais também deve primar um “controle de convencionalidade” (par. 193 supra), que é função e tarefa de qualquer autoridade pública e não apenas do Poder Judiciário. [...]”

⁹⁴⁷ Parágrafo 45 da Opinião Consultiva, disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf>. Data de acesso:

prática, os países do MERCOSUL se comprometem em aplicar a Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana, o Pacto de São José da Costa Rica.⁹⁴⁸

O Decreto-Lei n.º 678/1992 promulga a Convenção Americana de Direitos Humanos. Portanto, o Brasil se compromete em aplicar o Pacto de São José dentro do ordenamento supranacional, mas também reafirma esse dever dentro do direito comunitário sul-americano, em função da Decisão CMC n.º 40/04 do MERCOSUL.

Todos os países signatários do MERCOSUL afirmam o princípio da primazia do direito comunitário sobre a norma nacional. Porém, a ratificação desses tratados foi introduzida no âmbito interno como lei ordinária e não como norma constitucional, ressalvados os Tratados de Direitos Humanos, os quais, no Brasil, foram equiparados à norma constitucional.⁹⁴⁹

Assim como ocorreu inicialmente na União Europeia, a mecânica de incorporação do direito do MERCOSUL aos direitos nacionais vem ocorrendo através do modelo clássico de tratados internacionais, que são incorporados como norma infraconstitucional; portanto, sem a alteração do texto constitucional.⁹⁵⁰

No entanto, isso não impede a realização do controle de convencionalidade pelos países membros, como o Brasil, até porque as Convenções Internacionais sobre Direitos Humanos são equiparadas a normas constitucionais nesses países, onde o princípio da Supremacia do Direito Comunitário já está presente. Nesse ponto, os juízes “*a quo*”, segundo a alínea f, artigo 41, c/c 44 da Convenção Interamericana poderiam requerer informações e decidir conforme orientação da Corte Interamericana de Direitos Humanos, principalmente nos casos atinentes as convenções que dizem respeito aos deficientes.⁹⁵¹

⁹⁴⁸ Decreto n.º 7.225/ 2010 - **REAFIRMANDO** os princípios e normas contidos na Declaração Americana de Direitos e deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e outros instrumentos regionais de direitos humanos, assim como na Carta Democrática Interamericana;

⁹⁴⁹ CF: Art.5,§ 3º “ Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

⁹⁵⁰LUPATELLI JUNIOR, Al. e MARTINS, E. M. O., In: “Mercosul – O Direito Empresarial e os Efeitos Da Globalização”, Revista de Direito do Mercosul, edição VI, ano II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998,p. 22.

⁹⁵¹Convenção Americana de Direitos Humanos - Artigo 41 - A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos e, no exercício de seu mandato, tem as seguintes funções e atribuições: (...). f) atuar com respeito às petições e outras comunicações, no exercício de sua autoridade, de conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 desta

É evidente que o ideal seria a criação de um Tribunal Sul-Americano de Direitos Humanos, mas a Convenção do MERCOSUL remete essa jurisdição à Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, historicamente, já reformou decisões dos Tribunais Superiores Brasileiros.

Segundo Mazzuoli, o controle de convencionalidade é um tema de extrema importância no cenário internacional e nacional, no entanto ele ainda é visto com receio por muitos autores e juristas brasileiros, por desconhecimento ou talvez por medo. Essa forma inovadora de controle tem a capacidade de modificar de forma expressiva todo o sistema de controle brasileiro das leis.⁹⁵²

O parágrafo terceiro da EC 45/04⁹⁵³ nos diz que se algum tratado internacional de direitos humanos for aprovado no Congresso Nacional através de quórum qualificado, ou seja, de três quintos, em duas votações em cada uma das casas legislativas, e depois disso for ratificado pelo Presidente da República, ele possuirá o mesmo valor que uma Emenda Constitucional.

Já em relação aos demais tratados de Direitos Humanos que estiverem vigentes no Brasil, estes possuem o valor de normas supralegais, isto é, não podem ser revogados por lei infraconstitucional posterior. Dessa maneira, os demais tratados continuarão a ter um status superior às leis infraconstitucionais, no entanto, serão inferiores às normas constitucionais. Eles não servirão de paradigma do controle de convencionalidade, pois esta expressão é destinada apenas àqueles que possuem status de norma constitucional, mas a estes reserva-se o controle de legalidade.

Dessa forma, além do famoso controle de constitucionalidade, deve haver um controle de convencionalidade das leis, ou seja, as leis, além da necessidade de estarem de acordo com a Constituição, elas devem estar de acordo com os tratados de direitos humanos ratificados pelo governo e em vigor no país. Se em um cenário a nova norma estiver de acordo com a Constituição, mas não estiver consoante aos tratados, ela será considerada vigente, no entanto não poderá ser dita como válida. Então, simplificando o entendimento de Ferrajoli, “não se poderá mais ser

Convenção;(…) Artigo 44 - Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou entidade não-governamental legalmente reconhecida em um ou mais Estados-membros da Organização, pode apresentar à Comissão petições que contenham denúncias ou queixas de violação desta Convenção por um Estado-parte.

⁹⁵² MAZZUOLI, V. O., “Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro”, cit., p. 114.

⁹⁵³Artigo 5º, § 3º, da CF: “Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

confundido vigência com validade (e a conseqüente eficácia) das normas constitucionais.”

Para Valério Mazzuoli, o controle de convencionalidade deve ser exercido por todos os órgãos pertencentes à justiça nacional e não somente pelos tribunais superiores. Esses órgãos devem adaptar ou conformar os atos ou as leis internas aos acordos firmados pelos Estados no âmbito internacional.⁹⁵⁴

Para realizar o controle de convencionalidade das leis os tribunais locais não requerem qualquer autorização internacional. Tal controle passa, doravante, a ter também caráter difuso, a exemplo do controle difuso de constitucionalidade, onde qualquer juiz ou tribunal pode se manifestar a respeito. À medida que os tratados forem sendo incorporados ao direito pátrio os tribunais locais – estando tais tratados em vigor no plano internacional – podem, desde já e independentemente de qualquer condição ulterior, compatibilizar as leis domésticas com o conteúdo dos tratados (de direitos humanos ou comuns) vigentes no país.

Apesar da grande dificuldade enfrentada pelos tribunais brasileiros para a aplicação do controle de convencionalidade, há casos famosos na qual a interpretação de sua aplicação foi favorável aos tratados. Esse é o caso da decisão do STF por meio do julgamento dos Recursos Extraordinários (RE 349703) e (RE 466343) e do Habeas Corpus (HC 87585). Isso porque, através desse acontecimento, o STF mudou o seu entendimento em relação à prisão civil, se adequando ao entendimento em consonância com o artigo 7º, item 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos - Pacto de São José da Costa Rica, ou seja prevaleceu o tratado internacional de direitos humanos.

A partir desse julgamento houve a revogação da súmula 619 do STF que dizia:

A prisão do depositário judicial pode ser decretada no próprio processo em que se constitui o encargo, independentemente da propositura de ação de depósito”, e foi editada a súmula vinculante nº 25⁹⁵⁵ que diz: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

⁹⁵⁴ MAZZUOLI, V. O., “Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro”, cit., p.129

⁹⁵⁵“Se não existem maiores controvérsias sobre a legitimidade constitucional da prisão civil do devedor de alimentos, assim não ocorre em relação à prisão do depositário infiel. As legislações mais avançadas em matérias de direitos humanos proíbem expressamente qualquer tipo de prisão civil decorrente do descumprimento de obrigações contratuais, excepcionando apenas o caso do alimentante inadimplente. O art. 7º (n.º 7) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica, de 1969, dispõe desta forma: 'Ninguém deve ser detido por dívidas. Este princípio não limita os mandados de autoridade judiciária competente expedidos em virtude de inadimplimento de obrigação alimentar.' Com a adesão do Brasil a essa convenção, assim como ao

Todavia, nem todas as decisões foram favoráveis à aplicação do controle de convencionalidade, como foi o caso da Lei de Anistia. Logo após o fim do período ditatorial, foi acolhido pela promulgação da República Federativa do Brasil de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, a Lei de Anistia sempre pairou nas sombras da redemocratização. Em meados de outubro de 2008, após um crescimento avantajado do interesse sobre o tema, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil propôs a ADPF 153 (Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental). Essa ação questionava o § 1º do Art. 1º da Lei n. 6.683/79⁹⁵⁶.

Em abril de 2010, o STF julgou a ADPF 153, negando a interpretação conforme os tratados internacionais. No entanto, concomitantemente tramitava na Comissão Interamericana de Direitos Humanos uma ação em face do Brasil e com um objeto bem parecido. Uma ação foi proposta pela “*Human Rights Watch Americas*” e o CEJIL (Centro pela Justiça e pelo Direito Internacional) em prol daqueles que sumiram na Guerrilha do Araguaia. O caso foi destinado à Corte Interamericana de Direitos Humanos que pronunciou sentença desfavorável ao

Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, sem qualquer reserva, ambos no ano de 1992, iniciou-se um amplo debate sobre a possibilidade de revogação, por tais diplomas internacionais, da parte final do inciso LXVII do art. 5º da Constituição brasileira de 1988, especificamente, da expressão 'depositário infiel', e, por consequência, de toda a legislação infraconstitucional que nele possui fundamento direto ou indireto. (...) Portanto, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internacionalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Nesse sentido, é possível concluir que, diante da supremacia da Constituição sobre os atos normativos internacionais, a previsão constitucional da prisão civil do depositário infiel (...) deixou de ter aplicabilidade diante do efeito paralisante desses tratados em relação à legislação infraconstitucional que disciplina a matéria (...). Tendo em vista o caráter supralegal desses diplomas normativos internacionais, a legislação infraconstitucional posterior que com eles seja conflitante também tem sua eficácia paralisada. (...) Enfim, desde a adesão do Brasil, no ano de 1992, ao Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (art. 11) e à Convenção Americana sobre Direitos Humanos 'Pacto de San José da Costa Rica (art. 7º, 7), não há base legal par aplicação da parte final do art.5º, inciso LXVII, da Constituição, ou seja, para a prisão civil do depositário infiel." (RE 466343, Voto do Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgamento em 3.12.2008, *DJe* de 5.6.2009)

⁹⁵⁶ Art. 1º É concedida anistia a todos quantos, no período compreendido entre 02 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979, cometeram crimes políticos ou conexos com estes, crimes eleitorais, aos que tiveram seus direitos políticos suspensos e aos servidores da Administração Direta e Indireta, de fundações vinculadas ao poder público, aos Servidores dos Poderes Legislativo e Judiciário, aos Militares e aos dirigentes e representantes sindicais, punidos com fundamento em Atos Institucionais e Complementares (vetado). § 1º - Consideram-se conexos, para efeito deste artigo, os crimes de qualquer natureza relacionados com crimes políticos ou praticados por motivação política.

Brasil, declarando que o país teria violado diversas normas de Direito Internacional.

Por último, o caso do Juiz Alexandre Morais da Rosa, no julgamento dos autos, numeração única, processo n.º 0067370-64.2012.8.24.0023, da comarca da Capital de Santa Catarina – Florianópolis, efetuando controle de convencionalidade, reconheceu a inexistência do crime de desacato em ambiente democrático. Invocando a Declaração de Princípios sobre a Liberdade de Expressão, afastou a incidência do disposto no art. 331 do CP.

No que pese o controle de convencionalidade realizado pelo magistrado catarinense, ele não solicitou informações à Corte Interamericana de Direitos Humanos, apesar da possibilidade expressamente prevista no tratado. Na prática, apesar de louvável o ato do magistrado, a ponderação de valores foi feita em consonância com as suas convicções pessoais. Portanto, muito distante do controle de convencionalidade do sistema europeu, onde o juízo *a quo* costuma requerer informação do Tribunal Europeu de Direitos Humanos e onde as convenções foram votadas pelo Parlamento Europeu.

Mas o paradigma apontado, permite que os juízes ainda na primeira instância, possam realizar diretamente o controle de convencionalidade, baseado as convenções internacionais que protege o direito dos deficientes, ampliando o padrão de proteção de direitos humanos do nosso sistema jurídico.

CONCLUSÃO

A deficiência, em especial pelo modelo social, deve ser compreendida enquanto uma característica da pessoa humana, e não mais pelo prisma médico voltado para a “cura” desta pessoa. Não se defende, por certo, que a medicação não seja relevante, mas não pode ser fundamental e sim instrumental, ou seja, estar a serviço da pessoa com deficiência, a fim de que seja um recurso em seu benefício. Entretanto, deve-se orientar a discussão da deficiência a partir da ótica de que é a sociedade que está “deficiente”, ou melhor, que deve aprender a conviver e a incluir a pessoa com deficiência.

A acessibilidade representa um direito que viabiliza todos os demais, à medida que um ambiente acessível a qualquer pessoa deficiente permitirá o exercício dos direitos fundamentais, como o direito à liberdade. As barreiras existentes na sociedade, das mais diversas naturezas, deverão ser combatidas tanto pelo Poder Público, por meio de políticas públicas, quanto também pela sociedade, seja por instituições privadas e públicas, que deverão adaptar sua estrutura arquitetônica para atender aqueles que possuem algum tipo de deficiência.

É possível invocar, tanto no plano interno, o controle de convencionalidade pelo juiz de primeira instância com ou sem provocação das partes, uma vez que o magistrado poderá reconhecer de ofício que existem decisões das cortes internacionais que ampliam a proteção da pessoa deficiente. Trata-se de umas das missões dos tribunais harmonizar o direito interno com o direito internacional, segundo o disposto no artigo 105, III, “a” da CF.

Nesse sentido, o histórico do uso da ferramenta do controle de convencionalidade tem demonstrado a melhoria do sistema jurídico e da qualidade da democracia, bem como a reboque, a proteção dos direitos da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, H. H.; ALMEIDA JUNIOR, V. A., “Reconhecimento, inclusão e autonomia da pessoa com deficiência: novos rumos na proteção dos vulneráveis”. In: BARBOZA, H. H.; MENDONÇA, B. L.; ALMEIDA JUNIOR, V. A. (coord). “O Código Civil e o Estatuto da Pessoa com Deficiência”. Processo, Rio de Janeiro, 2017.

BARBOSA-FORHMANN, A. P.; KIEFER, S. F. W., “Modelo social de abordagem dos direitos humanos das pessoas com deficiência”. In: MENEZES, J. B. (org), “Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas. Convenção sobre os direitos da pessoa com deficiência e Lei Brasileira de Inclusão”. Editora Processo, Rio de Janeiro, 2016.

BARROSO, L. R. “Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo”; Saraiva, São Paulo, 2013.

GUEDES, D. M., “Deficientes visuais e acessibilidade urbanística: interações entre direitos humanos e meio ambiente”. Tese de Doutorado, Santos, 2015.

HOSNI, D. S. S., “O conceito de deficiência e sua assimilação legal”. In: PEREIRA, F. Q.; MORAES, L. C. C., “A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência”. Editora D Plácito, Belo Horizonte, 2016.

KANT, I. “A Paz Perpétua – Um Projecto Filosófico”, Universidade da Beira Interior, Covilhã, 2008.

KAUFMANN, M., 1955. “Em defesa dos direitos humanos: considerações históricas e do princípio”. Ed. UNISINOS, São Leopoldo, 2013.

LEITE, F. P. A.; RIBEIRO, L. L. G.; COSTA FILHO, W. M. C. (coord.), “Comentários ao Estatuto da Pessoa com Deficiência”, Saraiva, São Paulo, 2016.

LUPATELLI JUNIOR, Al. e MARTINS, E. M. O., In: “Mercosul – O Direito Empresarial e os Efeitos Da Globalização”, Revista de Direito do Mercosul, edição VI, ano II, Ed. La Ley, Buenos Aires, 1998.

MAZZUOLI, V. O., “Teoria Geral do Controle de Convencionalidade no direito brasileiro”, Revista de informação legislativa, v. 46, n. 181, jan./mar. 2009 p. 113-133

MAZZUOLI, V. O., “Curso de Direitos Humanos”, Método, São Paulo, 2015.

MERA, M. G., “La difusión del bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia latinoamericana y su potencial en la construcción del *ius constitutionale commune latinoamericano*”. In: VON BOGDANDY, A.; FIX-FIERRO, H.; y ANTONIAZZI, M. M. (coords.), “*Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, Potencialidades y Desafíos*”, IJ/UNAM e Instituto Max Planck de derecho Público Comparado y Derecho Internacional, México D.F., 2014, pp. 301-327.

PALACIOS, A.; BARIFFI, F., “La discapacidad como una cuestión de Derechos Humanos: Uma aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de Las Personas con Discapacidad”. Cinca, Madri, 2007.

PAUSEIRO, S. G. P., “Análise da Legitimidade do Controle de Convencionalidade pelo Juiz “a quo” no Brasil. Direito Internacional em Expansão”, Volume VI, Ed. Arraes. Belo Horizonte, 2016.

RIDOLA, P., “Jurisdição Constitucional, Democracia e Direitos Fundamentais”, 2ª Série, Editora JusPodivm, 2012.

ROULAND, N., “Nos confins do direito: antropologia jurídica da modernidade”, 2ª Ed., Martins Fontes, São Paulo, 2008.

SARMENTO, D. “A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-jurídicos”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.), “Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

SASSAKI, Romeu. “Conceito de acessibilidade”. Disponível em la web: <<www.escoladagente.org.br>> [20-05-2019].

SILVA, V. A., “O Judiciário e as Políticas Públicas: entre Transformação Social e Obstáculo à realização dos Direitos Sociais”. In: SOUZA NETO, C. P.; SARMENTO, D. (coord.), “Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie”, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2010.

A GESTÃO DA (DES)INFORMAÇÃO NAS MÍDIAS SOCIAIS E SUAS IMPLICAÇÕES NA DESESTABILIZAÇÃO DOS MECANISMOS DE ORGANIZAÇÃO DA SOCIEDADE

FERNANDES, Cristiane de Souza Stevans

Doutoranda, UFF, Niterói, Brasil, cristianef@gmail.com

STEVANS, felipe Fernandes de Souza

Doutorando, UFF, Niterói, Brasil, felstevans@yahoo.com.br

RESUMO

A sociedade contemporânea globalizada, após a intensificação do uso da internet, vem experimentando expressivas e rápidas modificações que refletem nas subjetividades, relações e na maneira de se informar. Expressões como “*big data*”, “*hoax*”, “*fake news*” e a mais recente “pós-verdade” se tornaram comuns na tentativa de compreender as constantes e irrefreáveis alterações ocorridas na esfera da cibercultura. O presente artigo, por meio de um método dedutivo e exploratório, visa analisar os processos de manipulação das informações nas mídias sociais, bem como estudar os reflexos dessa nova dinâmica nas instituições. Como resultado, entende-se que o existente aparato tecnológico pautado no volume, velocidade e variedade de dados produzidos, manuseados e disseminados na internet tem impactado significativamente na formação da opinião pública e na estabilidade, confiabilidade e legitimidade dos principais mecanismo de organização da sociedade.

Palavras-chave: Gestão da informação; Internet; Mídias Sociais; Manipulação tecnológica; Crises institucionais.

RESÚMEN

La sociedad contemporánea globalizada, después de la intensificación del uso de Internet, viene experimentando expresivas y rápidas modificaciones que reflejan en las subjetividades, relaciones y en la manera de informarse. Las expresiones como “*big data*”, “*hoax*”, “*fake news*” y la más reciente “*post-verdad*” se volvieron comunes en el intento de comprender los constantes e irrefrenables cambios ocurridos en la esfera de la cibercultura. El presente artículo, por medio de un método deductivo y exploratorio, pretende analizar los procesos de manipulación de las informaciones en los medios sociales, así como estudiar los reflejos de esta nueva dinámica en las instituciones. Como resultado, se entiende que el existente aparato

tecnológico pautado en el volumen, velocidad y variedad de datos producidos, manipulados y diseminados en Internet ha impactado significativamente en la formación de la opinión pública y en la estabilidad, confiabilidad y legitimidad de los principales mecanismos de organización de la sociedad.

Palabras clave: Gestión de la información; Internet; Redes sociales; Manipulación tecnológica; Crisis institucionales.

ABSTRACT

The globalized contemporary society, after increasing the use of the Internet, has been experiencing expressively and overcoming reflections on subjectivities, relationships and the way of of being informed. Expressions such as "big data", "hoax", "fake news" and the latest "post-truth" have been identified in an attempt to understand the constant and unstoppable changes that have occurred in the cyberculture's sphere. The present article, through a deductive and exploratory method, intends to analyze the processes of manipulation of information in social media, as well as to study the reflexes of this new dynamic in the institutions. As a result, it is understood that the existing technological apparatus based on the quantity, speed and variety of data produced, manipulated and disseminated on the Internet has had a significant impact on the formation of public opinion and on the stability, reliability and legitimacy of the main organizational mechanisms of society.

Keywords: Information management; Internet; Social Media; Technological manipulation; Institutional crises.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. A ERA DA INFORMAÇÃO: TRANSFORMAÇÕES, DINÂMICAS E A CULTURA DA INTERNET; III. MÍDIAS SOCIAIS E A GESTÃO DA (DES)INFORMAÇÃO; IV. (DES)INFORMAÇÃO E CRISES INSTITUCIONAIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, os meios de comunicação digitais, especialmente as mídias sociais, ganharam espaço significativo no cotidiano da sociedade da informação. Esse ambiente virtual tem propiciado alterações nas relações sociais, impactado nas subjetividades, e se constituindo meio propício para o exercício da liberdade de expressão, com expressão, em meio a um grande fluxo comunicativo.

O avanço da internet, dos relacionamentos em rede e da intensificação do uso de plataformas como as redes sociais, trouxe a sociedade contemporânea novas vivências nunca experimentadas, e novas subjetividades, através da velocidade, multiplicidade e extensão de fluxos comunicacionais reverberados e expressados livremente. Por se tratar de tecnologia de informação e comunicação radicalmente inovadora e com transformações ainda em curso, o estudo da internet revela diversos aspectos desafiadores.

Cada vez mais, a internet tem se constituído um dos principais meios de comunicação, especialmente após a disseminação do uso dos smartphones, que tornaram mais acessível a utilização dessa plataforma e, nessa mesma direção, a internet tem se tornado também um dos principais meios para obtenção de informações.

Através da internet é possível ter acesso a uma infinidade de conteúdos sobre os mais variados temas e em diversos formatos. Sites, blogs, redes sociais, livros, vídeos, áudios são armazenados nessa mídia, estando disponíveis para consulta a qualquer momento. Dúvidas sobre questões cotidianas como, por exemplo, determinada receita culinária, obter dados para elaboração de um trabalho escolar, questões políticas da atualidade ou entender os sintomas de uma doença, podem ser esclarecidas em alguns segundos após uma rápida busca na internet.

As redes sociais exercem uma função peculiar no que se refere a obtenção de informação. Além da possibilidade de ativamente se manifestar e produzir conteúdo, a postura ativa no ato de “ir atrás” de informações ganha uma inversão no curso da corrente, uma vez que o fluxo de informações aparece incessantemente para o usuário sem que seja necessário realizar uma busca. Nesse sentido, seria possível a equivocada compreensão de que as redes sociais em pouco divergem das tradicionais mídias de comunicação como a televisão ou o rádio, as quais também emanam informações independentemente de uma postura ativa de busca por parte do usuário, que se limita apenas a acessar essa mídia (ligar a tv ou o rádio) e escolher um canal.

Ressalta-se, porém, que a principal diferença, na qual reside a relevância do tema em questão, se refere ao processo através do qual as informações que aparecem na *timeline* de determinado usuário são selecionadas para ele, ou seja, quais informações aparecerão para quem e quais são os critérios de definição. E para compreender essa dinâmica é necessário entender que toda e qualquer atividade realizada na internet (todo clique, toda busca), deixa um “rastros” de dados que, posteriormente, permitem que o ambiente seja modelado para uma experiência personalizada para o usuário, através de um complexo aparato tecnológico

manipulado para diversos fins, por diferentes atores. Assim, o ato de se informar através da internet tem se tornado atividade complexa e confusa, diante dos diversos entraves comunicativos desse ambiente, quais sejam principalmente as famosas *fake news* e os *bots* (simulações de usuários reais que curtem, comentam e compartilham conteúdo como se pessoas fossem).

No decorrer da última década, ao redor do mundo e no Brasil, principalmente no ano de 2018, a dinâmica participativa da internet coadunada à utilização desse aparato tecnológico vem produzindo impactos significativos na formação da opinião pública e na relação da sociedade com as instituições que a organizam e nas quais usualmente sempre existiu uma relação mínima de confiança. Pôde ser observado um fenômeno nunca antes vivenciado de forma tão aguda entre brasileiros, no qual informações (verdadeiras ou não), associadas a um aparato tecnológico programado, eram ditas, contraditas e desditas em um ritmo difícil de ser acompanhado pela capacidade cognitiva dos cidadãos, que confusos restaram sem saber em que acreditar ou confiar.

O presente artigo busca, mediante a análise dos processos de manipulação das informações nas mídias sociais, estudar os reflexos dessa nova dinâmica de informações na formação da opinião pública e, por consequência, nas estruturas basilares da sociedade.

Entendendo-se a gestão como a organização e monitoramento de um sistema para que haja o alcance de resultados para finalidades específicas, busca-se estudar a gestão das informações nas mídias sociais, através desse aparato tecnológico, para que seja possível a melhor compreensão dos impactos na formação da opinião pública e em como isso afeta a relação da sociedade com suas instituições.

Dessa forma, surge a necessidade da análise da (des)informação como elemento de influência na desestabilização das instituições basilares da sociedade, pois o que antes poderia ser visto como uma base sedimentada em valores, deixa sutilmente de sê-lo em razão da falta de consolidação. Surge, ainda, a necessidade de compreender o que ocorre quando o empobrecimento da capacidade crítica da absorção da informação se mistura com a velocidade avassaladora da multiplicação dos meios de emissão de informações utilizadas de forma tático-estratégica.

Objetiva-se, então, sem a pretensão de esgotar o tema, analisar e realizar uma reflexão acerca a manipulação estratégica das informações nas mídias sociais e a desestabilização dos mecanismos de organização da sociedade, pautada na fragilização de elementos como confiança, legitimidade e credibilidade, na tentativa de trazer contribuições relevantes para o campo de estudo relacionado.

Para tanto, pretende-se utilizar uma abordagem estruturada em momentos distintos e complementares, combinando reflexão racional com observação empírica de fenômenos. Em um primeiro momento, pretende-se abordar as novas dinâmicas propiciadas pelo uso cotidiano da internet e seus reflexos nas subjetividades, nas relações interpessoais e no modo de se informar. Em seguida, há o propósito de estudar a informação e seus processos de gestão, tendo como substrato o volume, variedade e velocidade das informações produzidas no ambiente da internet. Por fim, pretende-se analisar e refletir sobre as implicações dos processos de (des)informação engendrados com finalidades subjacentes e os reflexos na tomada de decisões, compreensão da sociedade e de suas instituições basilares.

II. A ERA DA INFORMAÇÃO: PROCESSOS DE TRANSFORMAÇÃO, DINÂMICAS E A CULTURA DA INTERNET

No decorrer de várias décadas foram experimentadas modificações na produção, distribuição e no consumo de informações. A globalização e as novas tecnologias proporcionaram uma experiência antes não imaginada, uma alteração no sentido e forma de produção e recepção de informações antes concentradas em setores de comunicação criados para tanto.

Com o advento da internet, e a conseqüente relativização das noções de tempo e espaço, a velocidade com a qual o fluxo informativo se difunde e alcança lugares extremos é incomparável a qualquer outra já observada, assim como é também, irrefreável.

A descentralização e alcance proporcionados pela internet se devem ao fato desta ter dado autonomia a qualquer pessoa no mundo que possua os meios técnicos necessários (suporte como computador, *notebook*, *tablet*, celular, conectado à internet) para falar o que quiser, e para quem quiser, de onde e para onde desejar.

O ambiente da internet é quase sempre relacionado com a esfera do “virtual”, sendo possível se vislumbrar, inicialmente, várias significações para esse conceito. A opção que geralmente primeiro vem em mente é a ideia de virtual enquanto oposição ao real, a de que a existência de um anularia o outro, sendo o virtual associado à noção de ilusório ou fictício. Pode-se entender, entretanto, que a virtualidade da internet, especialmente em termos de comunicação, é composta pelos mesmos elementos do “mundo concreto”, sendo expressão dele ou ele próprio, reverberado nesse novo meio. ⁹⁵⁷

⁹⁵⁷ LEVY, P., “O que é o virtual”. Ed. 34, São Paulo, 1996.

Nesse caso, o virtual não se trataria de reflexo do mundo concreto ou sua representação, mas ele próprio manifestado através de mecanismos tecnológicos com características próprias, tornando a exposição e experiência nesse ambiente diferenciada e por vezes amplificada, mas não fictícia ou ilusória.

Para Castells⁹⁵⁸, tem-se uma “cultura da virtualidade real”, na qual:

Ela é real (e não imaginária) porque é nossa realidade fundamental, a base material sobre a qual vivemos nossa existência, construímos nossos sistemas de representação, exercemos nosso trabalho, vinculamo-nos a outras pessoas, obtemos informação, formamos nossas opiniões, atuamos na política e acalentamos nossos sonhos. Essa virtualidade é nossa realidade. É isso que caracteriza a cultura na Era da informação: é principalmente através da virtualidade que processamos nossa criação de significado.⁹⁵⁹

Experimenta-se, no dinamismo da modernidade, um desencaixe dos sistemas sociais, segundo Anthony Giddens, havendo uma separação do tempo e espaço e sua recombinação. Esse dinamismo deriva, ainda, “da ordenação e reordenação reflexiva das relações sociais à luz das contínuas entradas (inputs) de conhecimento afetando as ações de indivíduos e grupos”⁹⁶⁰

O ambiente das mídias sociais é, para Raquel Recuero, notadamente marcado por conversações que surgem da intersecção de várias redes sociais e são construídas e delimitadas em suas características, sendo conversações amplificadas, emergentes, complexas e nascidas da interconexão entre os atores, estando aptas a “influenciar eleições, levando políticos a se retratarem publicamente, de refletir tendências e de comentar coletivamente os programas de televisão. Elas podem organizar movimentos de ocupação em todo o mundo e influenciam revoltas armadas.”⁹⁶¹

Segundo o pesquisador de mídia americano Henry Jenkins⁹⁶², “as mídias tradicionais são passivas. As mídias atuais, participativas e interativas. Elas coexistem. Estão em rota de colisão”. Assim, desenvolvendo a ideia de cultura da convergência, ele realiza a análise da relação entre três conceitos fundamentais para a compreensão do desenvolvimento das mídias – a convergência dos meios de

⁹⁵⁸ CASTELLS, M., “A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade”. Tradução Maria Luíza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz, Rio de Janeiro, Zahar, 2003.

⁹⁵⁹ CASTELLS, M., “A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade”. Tradução Maria Luíza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz, Rio de Janeiro, Zahar, 2003, p. 167.

⁹⁶⁰ GIDDENS, A., “As conseqüências da modernidade”. Tradução de Raul Fiker. São. Paulo: Unesp, 1991, p. 21.

⁹⁶¹ RECUERO, R., “A conversação em rede: comunicação mediada pelo computador e redes sociais na internet”. Sulina, Porto Alegre, 2012, p. 122.

⁹⁶² JENKINS, H., “Cultura da convergência”. Tradução Susana Alexandria. 2. ed. Aleph, São Paulo, 2009.

comunicação, cultura participativa e inteligência coletiva. Esses conceitos demonstram as modificações operadas nos meios de comunicação social como um todo, devido à relação (ou colisão) entre antigas e novas mídias, onde as consolidadas mídias de massa consideradas tradicionais passam a coexistir com as novas mídias alternativas, numa relação simultânea de compartilhamento e ruptura, em um intenso fluxo de informações. Dessa forma, a cada pessoa é proporcionada a construção, a partir de pedaços e fragmentos de informações apreendidos do fluxo midiático e posteriormente modificados, de convicções, opiniões, ideias, perspectivas e histórias, e essa construção interior passa a ser um mecanismo de entendimento da vida cotidiana.⁹⁶³

Indo além de uma mudança tecnológica, a convergência das mídias vem a alterar a relação entre todas as tecnologias já existentes, modificando a lógica segundo a qual a indústria midiática opera e a forma que indústria, mercados e públicos consumidores processam informações – notícia e entretenimento. Como expõe Jenkins “a convergência refere-se a um processo, não a um ponto final.”⁹⁶⁴

A cultura da convergência é um processo que possui múltiplas perspectivas que se complementam e dialogam entre si. Nesse panorama têm-se, também, as grandes empresas de mídia descobrindo novas maneiras de acelerar esse fluxo, porém comercialmente direcionado. Dessa maneira, nessa relação de coexistência entre ambos os subtipos de convergência, ora há um fortalecimento mútuo, uma interconexão, compartilhamento e transferências de conteúdo, ora há uma relação de conflito, onde “essas duas forças entram em guerra, e essas batalhas irão redefinir a face da cultura popular[...].”⁹⁶⁵

Nas mídias sociais, as interações sejam por meio de diálogos, criação ou compartilhamento de conteúdo, tem a capacidade de produzir visibilidade, reputação e popularidade. Quanto mais vezes uma postagem é compartilhada, curtida ou comentada, ou quanto maior a quantidade de amigos ou seguidores uma pessoa tem, mais se modifica a percepção de si próprio e a percepção para os demais. Como Sibília⁹⁶⁶ muito bem expõe, com relação aos impactos nas subjetividades, se trata do “show do eu”. E quanto mais exposição e interação, mais dados sobre si próprio o usuário produz.

Ainda, em razão do culto a visibilidade, poderia se entender que a inibição e o juízo crítico sobre o que é publicado teria se perdido, minimizando a

⁹⁶³ JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*, cit, p. 30.

⁹⁶⁴ Op. cit, p. 43.

⁹⁶⁵ Op. cit. p. 46.

⁹⁶⁶ SIBILIA, Paula. “O show do eu: a intimidade como espetáculo”. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2008.

autorreflexão anterior a ação de publicar algo. Essa postura poderia impactar na intensificação da reverberação de informações em grande quantidade e não necessariamente em qualidade, ocasionando efeitos imprevisíveis e descontrolados, diante da velocidade e amplitude das mídias virtuais.

Outro conceito interessante para se compreender esse contexto é o de inteligência coletiva. A inteligência coletiva surgiria a partir da incapacidade individual de processamento e memorização de toda a quantidade de informações produzidas pelas mídias existentes. Dessa maneira, diante da impossibilidade de se ter conhecimento sobre tudo, estando esse conhecimento fragmentado em cada pessoa, a inteligência coletiva é vista como uma fonte alternativa de poder midiático, segundo a qual é possível se juntar esses fragmentos, associando recursos com a união de habilidades. Essa fonte de poder tem sido construída e utilizadas através da cultura participativa, com interações cotidianas, seja para propósitos recreativos ou valorosos, proporcionando alterações nos mais variados âmbitos da vida em sociedade, como na educação, direito e política.⁹⁶⁷

O cenário social contemporâneo marcado por essa velocidade do trânsito de informações - não apenas “vencem” as antigas barreiras de tempo e espaço, mas praticamente fazem com que elas deixem de existir.⁹⁶⁸ Como uma mídia comunicativa, as redes sociais estão submetidas a toda a relação de interesses que as demais mídias de massa tradicionais se sujeitam na produção de informações - um agir estratégico subjacente, a partir de interesses econômicos, políticos, ideológicos e etc, que refletem na forma e no conteúdo das informações difundidas. Dessa maneira, no ambiente das redes sociais é possível observar que, embora haja uma multiplicidade de fontes individualmente estabelecidas, há também a existência de fatores manipulativos, com diversas finalidades.

A descentralização e alcance proporcionados pela internet se devem ao fato desta ter dado autonomia a qualquer pessoa no mundo que possua os meios técnicos necessários (suporte como computador, notebook, tablet, celular, conectado à internet) para falar o que quiser, e para quem quiser, de onde e para onde desejar. Tem-se, então, um ambiente em que há uma massiva produção de dados (big data) por usuários que geram informações as quais são utilizadas,

⁹⁶⁷ JENKINS, Henry. *Cultura da convergência*, cit, p. 30.

⁹⁶⁸ HABERMAS, J., “A constelação pós-nacional: ensaios políticos”. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. *Littera Mundi*, São Paulo, 2001, p. 57-58.

categorizadas, replicadas por um aparato tecnológico baseado em inteligência artificial, como os algoritmos, permitindo, inclusive, a simulação de pessoas.⁹⁶⁹

As informações na internet estão hospedadas em inúmeros servidores que detêm as informações de forma oculta aos olhos dos usuários. Isso significa que o que será ou não encontrado é influenciado por intermediários das buscas por informação na rede, sendo a internet, para o usuário comum, o que eles indexam. Além disso, para Ozéas Lopes, as informações constantemente são traduzidas por conteúdos manipulados à interesses privados, [...] havendo veladas e pretensiosas intenções de formações da opinião pública, bem como instrumentos disciplinares e de segurança para a ordem vigente.⁹⁷⁰

III. MÍDIAS SOCIAIS E A GESTÃO DA (DES)INFORMAÇÃO

Informações são a matéria-prima utilizada no processo de construção do conhecimento. E esse processo passa primeiramente pela criação de significados, a partir do rearranjo destes, da relação entre os sujeitos e o ambiente onde circulam estas informações e da interlocução dos próprios sujeitos entre si. Assim, a informação é uma espécie de glóbulo vermelho que caminha pelo processo da criação dos significados no sentido da produção de conhecimento, carregando o conteúdo que vai sendo acumulado neste processo até desembocar no momento de tomada das decisões.

Chun Wei Choo,⁹⁷¹ ao discorrer sobre a sistematização do processo de construção conhecimento nas organizações e a utilização das informações neste transcurso, afirma que esta “é um componente intrínseco de quase tudo que uma organização faz”. Neste sentido, podemos conceber a criação de significado, a construção do conhecimento e a tomada de decisões como três camadas concêntricas em que cada camada interna produz os fluxos de informação para a camada externa adjacente.

Para Choo, a informação flui do ambiente exterior e é progressivamente assimilada para permitir a tomada de decisões. Num primeiro momento, é

⁹⁶⁹ SANTOS, A., “O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais”. Draft. Disponível em: <<<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>>> [03-2019].

⁹⁷⁰ LOPES FILHO, O. C., “A Organização da Esfera Pública na Era das Mídiasde Massa e a Contribuição Dialógica Habermasiana” / Ozéas Corrêa Lopes Filho, UFF / Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, 2014, pp. 103-104.

⁹⁷¹ CHOO, C. W., “A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões”. Tradução de Eliana Rocha. SENAC, São Paulo, 2003, pp. 27-30.

percebida a informação sobre o ambiente da organização e, então, seu significado é construído socialmente. O conhecimento que reside na mente dos indivíduos, precisa ser convertido em conhecimento que possa ser partilhado e transformado em decisões e inovação. Quando existe conhecimento suficiente, a organização está preparada para a ação e escolhe seu curso racionalmente, de acordo com seus objetivos. Estas três arenas de uso da informação (criar significado, construir conhecimento e tomar decisões) são, segundo Choo, processos interligados, de modo que, analisando como essas três atividades se alimentam mutuamente, tem-se uma visão holística do uso da informação. Isto, em particular, orienta os processos de construção do conhecimento, seja no âmbito das organizações, seja no seio de cada segmento que compõe a sociedade, uma vez que ambas são formadas, em primeiro lugar, por pessoas.

Como dito, vivencia-se hoje um panorama em que o fluxo de informações está lançado numa velocidade vertiginosa em vista da qual não há volta atrás. É irrefreável. O dinamismo despertado pelo mundo moderno, ou seja, por esta transformação e sua radicalização, que costumamos chamar muitas vezes de pós-modernidade ou modernidade tardia⁹⁷², provoca a consolidação de forças que não

⁹⁷² Cabe aqui uma observação cautelosa a respeito da escolha do termo “modernidade tardia”. A expressão também poderia ser utilizada como “pós-modernidade”, desde que desligada de sentido histórico-geográfico, como ensina David Harvey (HARVEY, D., “Condição pós-moderna”. Loyola, São Paulo, 2009, p. 301). O prefixo “pós” não quer necessariamente dizer que é um fenômeno iniciado cronologicamente após o que se conhece como modernidade. Jania Maria Lopes Saldanha (SALDANHA, J. M. L., “Tempos de processo pós-moderno: O dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno”. In: THEODORO, H. T.; CALMON, P.; NUNES, D. J. C., (Org.). “Processo e Constituição: Os Dilemas do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais”, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2011, p. 237-280) entende que é impossível hoje chegar à uniformidade sobre o seu conceito, já que é realmente muito difícil que todos tenham a mesma identificação de um fenômeno quando a perspectiva das pessoas parte de dentro do próprio fenômeno. Assim, o ponto de partida é encarar a contemporaneidade como algo em construção, e não já com suas características formadas. Este tempo traz em si elementos de confirmação de aspectos da modernidade e outros de rompimento com ela. Jania se utiliza da teoria de Jacques Chevalier (CHEVALIER, J., “O Estado pós-moderno”. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009), que enxerga a pós-modernidade sob dois olhares: um, como mencionado anteriormente, de consolidação e hipertrofia de determinados aspectos da modernidade; outro de contestação, que vai de encontro a alguns legados modernos. Jean-François Lyotard usa a expressão, cunhada pelos idos da dec. de 70, como afirmativa de que “a atitude pós-moderna é aquela que desconfia das metanarrativas da modernidade, da busca do absoluto e da totalidade (apud LYOTARD, J. F., “A condição pós-moderna”. José Olympio, São Paulo, 2008). A crítica ao comportamento moderno, entretanto, já era feita pelo menos desde a “Dialética do Esclarecimento”, de Adorno e Horkheimer (ADORNO, T. HORKHEIMER, M. “Dialética do esclarecimento. Fragmentos filosóficos”. Zahar, Rio de Janeiro, 1985, p. 20), cuja obra afirma que o esclarecimento consiste no cálculo da eficácia e da técnica de profusão e difusão e tudo o que não se reduziu a números não passaria de uma ilusão, daí a inevitabilidade da destruição dos deuses e das qualidades. Segundo Harvey (Ibid., p. 301), a própria modernidade trouxe nela a sua falência, a própria impossibilidade de responder as suas questões, de

permitem mais a existência mundo calmo e contido (intencionalmente ou não), pelo menos no que diz respeito às relações humanas. Essas forças foram liberadas. Não há mais caminho de volta. Não há como cancelar a modernidade⁹⁷³.

Apresenta-se então uma época de fragilidade dos laços humanos, de erosão da lealdade e do senso de compromisso mútuo. Desde o desencantamento do mundo⁹⁷⁴ e a proveniente corrosão do conforto oferecido pelos valores transcendentais contidos nas narrativas tradicionais que atribuíam sentido ao mundo da vida, as transformações se intensificaram em velocidade exponencial.

Essa dinâmica tem implicações na própria ordem social. Tais sintomas se revelam no retraimento da política, no esfriamento das relações entre as pessoas e no isolamento físico do homem em detrimento da procura própria por interação nas mídias sociais. E esse fenômeno pode ter como uma das causas exatamente a rapidez cada vez mais desproporcional com que o mundo se movimenta, o que faz com que características como a lealdade, a confiança, o compromisso mútuo não consiga se consolidar, pois o tempo é primordial para que isso aconteça. Em

alcançar os seus objetivos. Todavia, a pós-modernidade não seria exatamente o que se sucedeu linearmente após a modernidade, já que alguns de seus elementos ainda estão presentes. Por isto a preferência pelo termo que não denota um rompimento, mas uma modificação. Alguns autores, como o sociólogo britânico Anthony Giddens (GIDDENS, A., “Para além da esquerda e da direita”. UNESP, São Paulo, 1996, p.12) evitam o termo “pós-modernidade” e preferem utilizar-se da expressão “modernidade reflexiva”, num esforço de desconstrução criativa desta era e a reconstrução com novas formas sociais, como uma nova modernidade.

⁹⁷³ Um dos melhores diagnósticos feitos pelo estudo deste fenômeno é o da fluidez da modernidade, ou em outras palavras, a transformação da solidez para a liquidez das instituições, por Zygmunt Bauman (BAUMAN, Z., “Globalização – as consequências humanas”. Jorge Zahar Ed, Rio de Janeiro, 1999). O sociólogo polonês e autor contemporâneo ajuda a compreender melhor a forma como perceber esta realidade, indo desde a análise do comportamento do capitalismo da especialização flexível – e o processo de desengajamento entre o capital e as forças produtivas – até as relações que esta dinâmica possui no aumento da sensação de insegurança e consequente esfriamento dos laços humanos: o “derretimento dos sólidos”, traço permanente da modernidade, adquiriu, portanto, um novo sentido, e, mais que tudo, foi redirecionado a um novo alvo, e um dos principais efeitos desse redirecionamento foi a dissolução das forças que poderiam ter mantido a questão da ordem e do sistema na agenda política. Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro. Desde o desencantamento do mundo e a proveniente corrosão do conforto oferecido pelos valores transcendentais contidos nas narrativas tradicionais que atribuíam sentido ao mundo da vida, as transformações se intensificaram em velocidade exponencial. É o que, nas palavras de Anthony Giddens (GIDDENS, A., “Para além da esquerda e da direita”. UNESP, São Paulo, 1996) se denominou de sociedade “destradicionalizada”.

⁹⁷⁴ WEBER, M., “A ética protestante e o espírito do capitalismo”. Livraria Pioneira, 4 ed., São Paulo, 1985.

outras palavras, é cada vez mais escassa a existência de vínculos duradouros e referências estáveis.

Entende-se que, diante da nova forma de criação e compartilhamento de informações propiciada através da internet, nasceu uma infraestrutura de dados caracterizada pelo volume, velocidade e variedade e que servem ao uso de informações com finalidades específicas e determinadas, mas não explicitadas.

A essa infraestrutura deu-se o nome de *Big Data*, que representa um intricado agrupamento de dados produzido em grande quantidade, em grande velocidade e diversidade. Nesse contexto de excesso de informação, esse conjunto é consequência desse excesso de informação e, também, balizador dessa estrutura.

A tendência a visibilidade e a redução de cuidado com a exposição e privacidade nas mídias sociais é algo a ser observado e tem sido largamente discutido. Na mesma medida em que se busca a proteção de dados pessoais, bancários, comerciais, etc, por outro lado provoca-se uma exposição e exibição intensa de outros aspectos, também privados. Assim, Sibilia questiona:

Como entender estes processos? Podemos dizer, simplesmente, que hoje o privado se torna público? A resposta se intui mais complexa, sugerindo uma imbricação e interpenetração de ambos os espaços, capaz de reconfigurá-los até tornar obsoleta a velha distinção. Além disso, estaria ocorrendo uma mutação profunda na produção de subjetividade, pois nesses ambientes metamorfoseados germinam “modos de ser” cada vez mais distantes daquele caráter introduzido que definia o *Homo psychologicus* da era industrial. Inauguram-se, assim, em meio a todos esses deslocamentos, outras formas de consolidar a própria experiência e outros modos de autotematização, outros regimes de constituição do eu e outras formas de se relacionar com o mundo e com os demais sujeitos.⁹⁷⁵

O *big data* se situa precisamente na linha tênue entre essas esferas imbricadas, entre o que se expõe (se publica, curte, comenta) e o que seria considerado secreto (dados de endereço para entrega, CPF, pesquisas realizadas em sites, vídeos assistidos, etc.). Assim, forma-se uma infraestrutura de dados e informações que utilizados e combinados através de um aparato específico composto por elementos de inteligência artificial (algoritmos, robôs, etc.) são utilizados para as mais diversas finalidades (ideológicas, políticas, de consumo) por empresas especializadas e contratadas. Informações que produzimos, conscientemente ou não, permitem que mais dados e informações sejam produzidos.

⁹⁷⁵ SIBILIA, Paula. O show do eu: a intimidade como espetáculo, cit, p. 78.

Esse contexto permite com que haja um mapeamento específico (pautado nos dados produzidos por determinada pessoa) para que haja um direcionamento de conteúdo personalizado. Pode-se, por exemplo, intensificar um desejo de consumo por um bem sobre o qual foi feita uma pesquisa, e posteriormente surgem propagandas desse mesmo bem (*remarketing*), bem como reforçar intensamente um posicionamento ideológico ou político através de conteúdo que seja compatível com a predisposição do usuário (vide exemplo das eleições de Donald Trump). É possível, ainda, que notícias sejam intencionalmente fabricadas para modelar a opinião de um grupo de usuários, sendo ela verdadeira ou não, como o caso das *fake news*. Tem-se, então um ambiente em que opiniões são formadas pautadas em informações fictícias criadas para causarem adesão naquele que as recebe com base em informações de interesse previamente obtidas dessa mesma pessoa.

Não se pode negar que a tecnologia permite a expansão de acesso às fontes de informações, as quais deixam de se limitar às tradicionais, aumentando o potencial comunicativo e por isso, em princípio, ampliando as possibilidades de autonomia. Entretanto, o aparato tecnológico a serviço da gestão da informação e a disponibilização de meios eletrônicos não parecem estar sendo suficientes para que esta informação seja disponibilizada e democratizada de forma que sejam preservadas a vontade, a liberdade e a autonomia de quem a recebe⁹⁷⁶. Assim, ocorre, ao contrário, um verdadeiro processo de desinformação, com base numa racionalidade voltada para fins⁹⁷⁷.

⁹⁷⁶ Segundo KANT (KANT, I, “Fundamentação da metafísica dos costumes”. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, 1988), o ser humano é um ser de ação e o conhecimento é um instrumento para que ele consiga realizá-las. A razão tem dimensões que se unem dentro dela, formando uma unidade. Uma delas é a cognitiva, do entendimento (*verstand*), possuindo elementos de sensibilidade (espaço e tempo) e categorias de entendimento. A outra é a dimensão de ação (*vernunft*), que se traduz no que denomina de razão prática. Como condição de possibilidade para o uso público da razão, é necessário que o ser humano seja dotado do querer (vontade), da liberdade e de autonomia.

⁹⁷⁷ A visão de um espaço social formado pela comunicação (ou seja, a criação de um espaço argumentativo, aberto e racional por meio do qual a sociedade procura estabelecer consensos) foi alcançada por Habermas desde a sua obra primogênita *Mudança Estrutural da Esfera Pública*, fruto de seu doutoramento em princípios da década de 1960. Já em 1968, em *Técnica e Ciência como Ideologia*, há esclarecida a percepção de duas racionalidades presentes no comportamento humano; uma ação racional voltada para fins, com a predominância de uma dominação e outra livre dela, em que um sujeito reconhece a sua natureza no outro sujeito, formando embrionariamente o que seriam os parâmetros basilares da ideia de uma teoria discursiva da moral. O amadurecimento da ideia se deu em *A consciência Moral e o Agir Comunicativo*, de 1983, mais precisamente nos seus capítulos 2 e 3, quando neste traz os fundamentos de uma ética do discurso, e naquele quando estabelece um diálogo com o psicólogo norte-americano Lawrence Kohlberg, cuja obra expressava forte influência do Construtivismo de Jean Piaget, não voltado para o conhecimento, mas voltado para os níveis de desenvolvimento moral.

Ao mesmo tempo em que se está diante de um expressivo aumento das ferramentas de gestão de informação, também há, em contrapartida, uma potencial diminuição dos significados que esta (informação) possui (já que não há tempo suficiente para a maturação de sua interpretação) e, em consequência, há uma flagrante compreensão míope do conhecimento gerado. Este contexto é, por vezes, influenciado pela manipulação intencional do processo de construção do conhecimento, sendo utilizadas ferramentas que alteram tanto a formação dos significados como a forma de fluxo das informações, de modo a condicionar a tomada das decisões. Cria-se a partir daí um campo fértil para a interpretação de notícias e mensagens sobre o ambiente, que estimula estrategicamente a decidir de uma determinada maneira, tudo isso com base em informações especialmente produzidas para este fim.

Dentro deste contexto, é possível identificar diversos instrumentos empregados para falsear propositalmente a compreensão da realidade para segmentos da sociedade, o que em si não é uma novidade, contudo agora com o auxílio de um aparato tecnológico que conta com um número de possibilidades cada vez maior. São tecnologias que permitem não somente viabilizar a elaboração de material com informações falsas, como também mapear com incrível precisão quais segmentos quer afetar e que tipo de reação - ou comoção - deseja obter. Mecanismos, por exemplo, como os mencionados algoritmos de aprendizado de inteligência artificial para quantificar os grupos sociais com base nos mais diversos marcadores (gênero, idade, geografia, religião, afinidades comerciais e estilos de vida, posições políticas etc.) ou robôs virtuais com habilidades para comentar e responder comentários com o objetivo de adensar a crítica ou a defesa de matérias jornalísticas ou postagens em redes sociais, dando a impressão de que há apoio popular a um ou outro posicionamento.

Como exemplo da explicitação da existência desse aparato, temos o caso que ficou conhecido como “Bolo””, ocorrido durante o período eleitoral brasileiro de 2018.

Na tentativa de evitar o rastreamento das postagens a respeito do candidato à presidência Bolsonaro, a oposição se utilizou de diversos apelidos e variações, fugindo assim de alçar o nome em si do candidato ao tópico de mais comentados, bem como para impedir que robôs encontrassem as postagens e (em comportamentos que simulam pessoas) comentassem a favor do candidato.. Alguns exemplos foram os nomes Bozo, Bolso, Bonoro, etc. Passados alguns dias, os robôs também foram programados para responder a esses apelidos. Ocorre que duas matérias divulgadas pela Folha de S.Paulo nas redes sociais com as palavras

“bolso” e “bolovo”, sem nenhuma relação com política, ativou os chamados bots, que realizaram diversos comentários defendendo o candidato e atacando a oposição: uma postagem era sobre culinária e outra de uma joalheria.⁹⁷⁸

Outros casos, envolvendo a manipulação e disseminação de notícias, têm demonstrado o resultado prático da aplicação de tecnologias voltadas para a desinformação, como o episódio da saída do Reino Unido da União Europeia, conhecido como “Brexit” ou da eleição presidencial norte-americana no ano de 2016. No Brasil, episódios políticos (como a eleição presidencial de 2018) ou não (como as malsucedidas campanhas de vacinação) também podem ser utilizados para a verificação do fenômeno, comum a todos os casos.

IV. (DES)INFORMAÇÃO E CRISES INSTITUCIONAIS

Para Habermas, os efeitos da aceleração e acessibilidade proveniente das técnicas avançadas de comunicação possuem uma importância distinta, através das quais há a modificação a longo prazo do horizonte cotidiano de experiências e as distâncias espaciais e temporais não são apenas mais vencidas, mas desaparecem. Com o desaparecimento dessas fronteiras, “mais pessoas podem conseguir manipular quantidades maiores de informações múltiplas e trocá-las em um mesmo tempo que independe das distâncias”⁹⁷⁹, sendo difícil avaliar as consequências mentais (e cognitivas) da internet, e os impactos que sua dinâmica pode desempenhar na sociedade e, conseqüentemente, nas instituições que a sustentam.

Envolvida de maneira fundamental com as instituições da modernidade está a confiança, segundo Giddens⁹⁸⁰, estando a natureza dessas instituições profundamente ligada ao mecanismo da confiança em sistemas abstratos, especialmente confiança em sistemas peritos. É uma forma de fé" na qual a segurança adquirida em resultados prováveis expressa mais um compromisso com algo do que apenas uma compreensão cognitiva. A confiança está relacionada à ausência no tempo e no espaço. Ela só é exigida onde há ignorância (ou das reivindicações de conhecimento de peritos técnicos ou dos pensamentos e intenções de pessoas íntimas com as quais se conta - a ignorância, entretanto, sempre fornece terreno para ceticismo ou pelo menos cautela). É a crença na credibilidade de uma pessoa

⁹⁷⁸ Revista Fórum. “Tuites da Folha sobre “bolso” e “bolovo” ativam ação de robôs, que saem em defesa de Bolsonaro”. Disponível em <<https://www.revistaforum.com.br/tuites-da-folha-sobre-bolso-e-bolovo-ativam-acao-de-robos-que-saem-em-defesa-de-bolsonaro/>> Acesso em mai 2019.

⁹⁷⁹ HABERMAS, Jürgen. A constelação pós-nacional: ensaios políticos, cit, p. 57-58.

⁹⁸⁰ GIDDENS, Anthony. As conseqüências da modernidade. cit, p. 21-100.

ou sistema, tendo em vista um dado conjunto de resultados ou eventos, em que essa crença expressa uma fé na probidade ou amor de um outro, ou na correção de princípios abstratos (conhecimento técnico).

Atitudes de confiança, de falta de confiança, para com sistemas abstratos específicos são passíveis de ser fortemente influenciadas, dentre outros, por atualizações de conhecimento que, através dos meios de comunicação e de outras fontes, são proporcionadas tanto para os leigos como para os peritos técnicos, podendo levar ao abandono na relação leigo-cliente, a um cinismo resignado e, até mesmo, ao desengajamento do sistema. Nesse contexto, ter-se-ia, muito além da desconfiança, uma ansiedade existencial persistente⁹⁸¹. Dessa forma, a ignorância (como condição para a confiança) é relativizada pela aquisição de conhecimento (ou, ao menos, por essa sensação) diante do intenso e constante fluxo de informações disponíveis na rede.

Aviv Ovadya⁹⁸² conduz a uma possível observação imediata sobre os efeitos e tendências neste novo panorama, no que tange à formação das opiniões frente à dinâmica da manipulação estratégica da (des)informação em escala global: a formação de grupos complementares de desinformados, que se diferem apenas pelo nível de intensidade de suas convicções. São grupos de pessoas: 1 - que têm certeza do que acredita e possui convicções formadas, fechando-se para as opiniões contrárias, configurando uma radicalização das opiniões, na qual é aplicado um filtro de receptividade somente aberto para informações extraídas de fontes aparentemente “confiáveis” e; 2 - que não possuem e nem se veem em condições de formar convicção, justamente por não no que confiar (termo cunhado por ele de “apatia à realidade”).

Em ambos os casos, abre-se um perigoso caminho para a supressão da democracia com base em uma nova forma de dominação, não como tradicionalmente se conhece por meio da tirania de um regime governamental totalitário, mas por meio de uma sofisticada manipulação ideológica, respeitando todas as regras formais de um regime democrático. E tal sofisticação passa pela forma como são construídos os abalos intencionais nas instituições e o modo silencioso como é feito.

⁹⁸¹ Op. cit., 83.

⁹⁸² OVADYA, A., EL PAIS. “Quando você só acredita no que quer, não há como ter democracia”. 2019. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/17/politica/1539729903_777514.html?pid_ex-terno_rsoc=FB_CC&fbclid=IwAR1xdP__VNp0q8i4vKgPgr9KzVy-IEahUsdxDI24S1WZ3T2VOwg8SilNgP8>>. [10-06-2019].

Segundo Aviv, é possível tanto criar uma *polity simulation* (ou simulação de política), ou seja:

criar a impressão de que muita gente se importa com algo com a finalidade de impulsionar uma agenda. A versão simplificada disso é a manipulação do que é tendência no Twitter e no Facebook. Você pode mudar as tendências criando vários bots ou simplesmente colocando várias pessoas para, de uma vez só, fazer uma coisa, e aí faz parecer que se trata de um tema muito importante, muito embora ninguém saiba ou se importe com aquilo. Se você tem vídeo ou áudio, você pode ter todas essas ligações falsas para políticos: “Ah, você precisa fazer essas mudanças nessa coisa para tal político”. Então há níveis diferentes de como você pode em termos de ser capaz de mudar o que as pessoas acreditam que todos se importam, formando meio que uma população.

Ou ainda condições que imprimam uma aparência de caos institucional no qual se conclua não valer à pena o esforço para se apurar os fatos, criando-se uma espécie de “apatia à realidade”:

Temos algo como essa apatia à realidade em ambientes em que há muito pouca confiança, e [em que], se você falar com alguém, eles ficam como que dizendo “eu nem sei o que é real, eu desisto, isso é muito complicado, vou assistir a algum programa na TV”. Acho que já vimos muito disso. E se você não pode acreditar no que você vê com seus olhos nem no que você lê, isso faz com que sua habilidade ou sua vontade de se importar simplesmente vá abaixo”.

Com tal pano de fundo, manifesta-se uma nova e mais eficiente forma de influenciar massas através do uso intencional do processo de gestão de informação a fim de atingir de maneira mais ágil as crises institucionais, que surgem, como diz Habermas⁹⁸³: “quando a estrutura de um sistema social permite menores possibilidades para resolver o problema do que são necessárias para a contínua existência do sistema.”.

Assim por este sistema, o cenário ideal é aquele em que se obtém a adesão do quórum necessário para garantir a legitimidade da decisão de mudança do *status quo* partindo-se do mapeamento detalhado de personalidades, escolhas, preocupações e motivações destas pessoas. É possível então alcançar perfeitamente que mensagem se deve enviar e para quem se deverá fazê-lo.

Através das observações de eventos e citações na literatura, pôde-se concluir haver uma sensível reconfiguração da plataforma em que ocorrem as dinâmicas do fluxo de informação e a sua direta implicação nas crises institucionais, de

⁹⁸³ HABERMAS, Jürgen. “A Crise de legitimação no capitalismo tardio”; tradução de Vamireh Chacon. - Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980, p. 13.

modo que a manipulação estratégica de informações, embora sempre tenha existido, foi impulsionada de maneira sem precedentes pela potencialização exponencial dos meios tecnológicos e pelas consequências irrefreáveis da modernidade.

CONCLUSÃO

Entende-se, diante do estudo realizado, que a gestão da informação no ambiente das mídias sociais possui uma dinâmica nova e ainda pouco compreendida em sua totalidade, a qual envolve desde relações interpessoais à utilização de um aparato tecnológico sofisticado e, de certa forma, velado, que cria e modifica informações, situações e, inclusive, “pessoas” (com a implementação dos chamados “bots”, que simulam ações humanas repetidas vezes de maneira padrão).

A manipulação dos dados existentes nesse meio (e da própria condição deste meio) propicia um contexto no qual a capacidade crítica, de formação de opinião e de compreensão da realidade circundante é comprometida, e a segurança e confiança nas instituições é abalada, gerando uma descrença na legitimidade e capacidade dessas instituições atenderem aos anseios da sociedade.

Assim, a ausência de elementos nesse ambiente de comunicação virtual em rede como sinceridade, honestidade, moralidade, gera uma quebra de expectativas morais que conduzem a falta de confiança. Tal de confiança leva a uma deterioração social, a uma perda de credibilidade generalizada, abrindo caminho para a possibilidade de legitimação de ideologias que oportunamente se utilizam dessa irracionalidade e irreflexão para formar convicções e opiniões dogmáticas, as quais funcionam em desfavor da estabilidade das instituições enquanto mecanismos de organização social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, T. HORKHEIMER, M. “Dialética do esclarecimento. Fragmentos filosóficos”. Zahar, Rio de Janeiro, 1985.

BAUMAN, Z., “Globalização – as consequências humanas”. Jorge Zahar Ed, Rio de Janeiro, 1999.

CASTELLS, M., “A galáxia da internet: reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade”. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges; revisão Paulo Vaz, Rio de Janeiro, Zahar, 2003.

CHEVALIER, J., “O Estado pós-moderno”. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2009.

CHOO, C. W., “A organização do conhecimento: como as organizações usam a informação para criar significado, construir conhecimento e tomar decisões”. Tradução de Eliana Rocha. SENAC, São Paulo, 2003.

GIDDENS, A., “As conseqüências da modernidade”. Tradução de Raul Fiker. São. Paulo: Unesp, 1991.

GIDDENS, A., “Para além da esquerda e da direita”. UNESP, São Paulo, 1996.

HABERMAS, J., “A Crise de legitimação no capitalismo tardio”. Tradução de Vamireh Chacon. Edições Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1980.

HABERMAS, J., “A constelação pós-nacional: ensaios políticos”. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. Littera Mundi, São Paulo, 2001.

HARVEY, D., “Condição pós-moderna”. Loyola, São Paulo, 2009.

JENKINS, H., “Cultura da convergência”. Tradução Susana Alexandria. 2. ed. Aleph, São Paulo, 2009.

KANT, I., “Fundamentação da metafísica dos costumes”. Tradução de Paulo Quintela. Edições 70, Lisboa, 1988.

LEVY, P., “O que é o virtual”. Ed. 34, São Paulo, 1996.

LOPES FILHO, O. C., “A Organização da Esfera Pública na Era das Mídiasde Massa e a Contribuição Dialógica Habermasiana” / Ozéas Corrêa Lopes Filho, UFF / Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito, Niterói, 2014.

LYOTARD, J. F., “A condição pós-moderna”. José Olympio, São Paulo, 2008.

OVADYA, A., EL PAIS. “Quando você só acredita no que quer, não há como ter democracia”. 2019. Disponível em: <<https://brasil.elpais.com/brasil/2018/10/17/politica/1539729903_777514.html?id_externo_rsoc=FB_CC&fbclid=IwAR1xdP__VNp0q8i4vKgPgr9KzVy-IEahUsdxDI24S1WZ3T2VOWg8SilNgP8>>. [10-06-2019]

RECUERO, R., “A conversação em rede: comunicação mediada pelo computador e redes sociais na internet”. Sulina, Porto Alegre, 2012.

SALDANHA, J. M. L., “Tempos de processo pós-moderno: O dilema cruzado entre ser hipermoderno e antimoderno”. In: THEODORO, H. T.; CALMON, P.; NUNES, D. J. C., (Org.). “Processo e Constituição: Os Dilemas

do Processo Constitucional e dos Princípios Processuais Constitucionais”, GZ Editora, Rio de Janeiro, 2011.

SANTOS, A., “O impacto do big data e dos algoritmos nas campanhas eleitorais”. Draft. Disponível em: <<<https://itsrio.org/wp-content/uploads/2017/03/Andreia-Santos-V-revisado.pdf>>> [03-2019].

SIBILIA, Paula. “O show do eu: a intimidade como espetáculo”. Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 2008.

WEBER, M., “A ética protestante e o espírito do capitalismo”. Livraria Pioneira, 4 ed., São Paulo, 1985.

A FORMAÇÃO MANUALESCA DOS JURISTAS: da Reforma Pombalina a Machado de Assis

ABREU, Angélica Kely

Doutoranda em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-Graduação
em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense
Brasília, Brasil, angelica.k.abreu@hotmail.com

CASTRO, Carla Appolinário

Doutora em Sociologia e Direito pelo Programa de Pós-Graduação em
Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense
Rio de Janeiro, Brasil, carlauffvr@gmail.com

RESUMO

O objetivo do presente estudo é refletir sobre o elo entre a Reforma pombalina de 1772 e a instauração da Faculdade de Direito de São Paulo e Recife, identificando permanências que explicam as deficiências do ensino jurídico contemporâneo no Brasil. Para isso, recorre-se igualmente à literatura de Machado de Assis, como tradutor de práticas de valores bacharelescos que ainda caracterizam os profissionais do direito na atualidade. Questiona-se o dogmatismo tão presente nos cursos de direito, além do positivismo arraigado nas instituições de ensino.

Palavras-chaves: Reforma Pombalina, Ensino Jurídico, Escola de Recife, Academia de São Paulo.

RESUMÉN

El objetivo del presente estudio es reflexionar sobre el eslabón entre la Reforma pombalina de 1772 y la instauración de la Facultad de Derecho de São Paulo y Recife, identificando permanencias que explican las deficiencias de la enseñanza jurídica contemporánea en Brasil. Para ello, se recurre igualmente a la literatura de Machado de Assis, como traductor de prácticas de valores bachilleres que aún caracterizan a los profesionales del derecho en la actualidad. Se cuestiona el dogmatismo tan presente en los cursos de derecho, además del positivismo arraigado en las instituciones de enseñanza.

Palabras claves: Reforma Pombalina, Enseñanza Jurídica, Escuela de Recife, Academia de São Paulo

ABSTRACT

The objective of this study is to reflect on the link between the Pombaline Reform of 1772 and the establishment of the Faculty of Law of São Paulo and Recife, identifying permanences that explain the shortcomings of contemporary legal education in Brazil. For this purpose, Machado de Assis's literature is also used as a translator of baccalaureate values practices that still characterize current law professionals. Dogmatism is so present in the courses of law, besides the positivism rooted in educational institutions.

Keywords: Pombaline Reform, Legal Education, Recife School, São Paulo Academy.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. A REFORMA DE COIMBRA; III. A INFLUÊNCIA COIMBRENSE NAS FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL; IV. O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO: APONTAMENTOS NAS OBRAS DE MACHADO DE ASSIS; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

Pressupostos coloniais deram tom à educação jurídica no Brasil, profundamente influenciada pela reforma do ensino jurídico de Coimbra de 1772. Neste ensaio, partimos da hipótese de que é possível visualizar um elo entre a reforma coimbrense, e sua influência na Escola de Recife e na Academia de São Paulo, e o atual ensino jurídico tecnicista, pautado em manuais e jurisprudências transvestidos em verdades absolutas e imutáveis.

Para tanto, inicialmente, discorreremos sobre a reforma de Coimbra, suas principais características, suas inovações e influências, e a inconclusão de seu objetivo modernizante.

Em um segundo momento, faremos apontamentos sobre as primeiras Faculdades de Direito no Brasil (a de Recife e a de São Paulo), suas semelhanças e especificidades e como elas contribuíram para a emancipação política em relação à metrópole, ao passo que se mantiveram dependentes dos ditames coloniais (em especial, do Estatuto de Direito de Coimbra), tão influentes no ensino jurídico brasileiro.

Por fim, abordaremos o ensino jurídico na atualidade e como sua preocupação com o domínio da técnica, da oratória, do formalismo, do positivismo, do dogmatismo o leva a um encastelamento, distante da realidade que o circula. Para

isso, nos serviremos da poderosa capacidade da literatura de revelar, pela sensibilidade do artista em captar as minúcias dos gestos e representações, as relações humanas e sociais. Serão utilizados trechos de obras do escritor Machado de Assis: um dos mais importantes escritores da literatura de língua portuguesa, negro, testemunha, enquanto morador do Rio de Janeiro da segunda metade do século XIX, da efervescência de um país que caminhava para a “modernidade” da República, do fim da escravatura, da urbanização, da proletarização, do capitalismo, da racionalização burocrática que tinha no direito sua principal estratégia.

O processo revelado pelas reflexões expostas a seguir aponta o ensino jurídico como um caminho para a construção de uma ideia e uma prática de direito que não se relaciona com o fenômeno social que o produziu, mas, apenas, com as idealizações das classes privilegiadas, passando a ser uma representação da vida marcada por um positivismo frio e indiferente à realidade crua e nua da maior parte da população brasileira.

II. A REFORMA DE COIMBRA

A reforma de Coimbra de 1772, proposta pelo Marquês de Pombal, propôs-se a distanciar-se das orientações aristotélico-tomistas, função essa perceptível no primeiro compêndio sobre a História do Direito Português, formulado por Paschoal José de Mello Freire. A formulação estatutária, prolixa, detalhista de normas, no entanto, ao invés da pretendida modernização, revelava, contrariamente, o quanto as práticas jurídicas tomistas⁹⁸⁴ estavam arraigadas nos ensinamentos da faculdade coimbrense⁹⁸⁵.

São Tomás de Aquino fora o precursor da passagem do platonismo para um ensino da filosofia distanciada da teologia e mais próxima da filosofia cristã. Assim, surge a escolástica, que adota como metodologia um estudo crítico de obras, com o intuito de compreender e realizar um ensaio detalhado da teoria do autor, a partir de debates sobre a obra estudada. Busca-se, assim, na escolástica, produzir um estudo exaustivo da teoria a ser debatida. Pretendia-se, ainda, conciliar razão e fé. Havia uma distinção entre ambas, mas procurava-se realizar uma interseção, uma concordância entre elas. Do ponto de vista do lapso temporal, a escolástica pode ser dividida em: primeira escolástica (século XIII), segunda

⁹⁸⁴ Tomismo é a ideologia de São Tomás de Aquino (teólogo/filósofo do século XIII). Dele se infere que a lei cria o direito, visto como a concatenação da razão visando o bem comum de uma comunidade. A lei, portanto, é o fundamento do direito que surge da autoridade divina e humana.

⁹⁸⁵ NEDER, G. “Iluminismo Jurídico-Penal Luso Brasileiro: obediência e submissão”. Coleção pensamento criminológico. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 134.

escolástica (durante a qual se funda a Universidade de Coimbra, inicia-se o processo de colonização do Brasil e ascendem aos espaços de poder os jesuítas) e terceira escolástica (já na virada do século XIX para o XX).

A primeira escolástica está interligada à filosofia de Agostinho e ao platonismo, com uma supremacia da fé sobre a razão e ausência de separação nítida entre filosofia e teologia. Já na segunda escolástica a razão ganha destaque, havendo uma apropriação do pensamento iluminista/racionalista, enfatizando-se as fontes aristotélicas. Ocorre uma síntese da teoria cristã e da teoria aristotélica. Para São Tomás de Aquino a filosofia se constitui a partir da razão e da argumentação, aproxima-se da metafísica e da epistemologia.

O método da escolástica era instituído através de duas práticas: a *lectio* e a *disputatio*. Naquela, o docente apresentava aos discentes os textos selecionados a partir de uma lógica da “autoridade”: o texto assumia o caráter de *doutrina* do melhor autor⁹⁸⁶ para cada assunto ou campo do conhecimento (como exemplo, Aristóteles, para a Filosofia).

Assim, o tomismo introduzido pelos jesuítas parece ter permanecido nas práticas jurídicas, a despeito da reforma da Universidade de Coimbra em 1772. A reforma objetivava modernizar o ensino jurídico, a partir de um estatuto que ambicionava conter todas as possíveis demandas da academia. Tornou-se, contudo, uma formulação regimental que “ao invés de apontar para a modernidade como aparentemente era a intenção pombalina, revela-nos uma permanência da prática jurídica de inspiração tomista, introduzida em Coimbra através do ensino religioso

⁹⁸⁶ Ecos da segunda escolástica são perceptíveis, até hoje, nos cursos de direito: a pluralidade de explicações que decorrem da natural ambiguidade e contradição da vida e das relações sociais é reduzida a uma unicidade de posição, a partir da “melhor teoria”, eleita por cada professor. Desta unicidade teórica resulta um pluralismo de explicações exercitadas por técnicas de oratória e retórica, e não por pluralidade teórica. A unidade de pensamento imposta dificulta a criação de uma ciência jurídica autêntica e independente.

jesuítico”⁹⁸⁷. Desse modo, a modernidade pretendida representou uma “utensilagem pré-moderna, calcada no escolasticismo barroco”^{988 989}.

A reforma pombalina foi idealizada, no campo jurídico, por Pascoal José de Mello Freire, magistrado de Portugal que criticava o ensino do direito calcado no Direito Romano e antiguidades, defendendo um ensino com uma concepção científica racionalista e a separação de Igreja e Estado. O pombalismo e a filiação ao Iluminismo europeu influenciou os cursos de direito no Brasil.

Tal movimento reformador foi uma busca por sistematizar as leis a partir do racionalismo: “trata-se do método sintético, compendiário, sistemático, como o formularam os teóricos do pombalismo jurídico”⁹⁹⁰. Na visão de Raymundo Faoro, com a renovação pombalina, o absolutismo português se fortaleceu e, apesar do contexto cultural modernizante, há um retorno a raízes medievais:

O plano pombalino repousa sobre uma contradição, que se expandirá numa ambigüidade. O Estado, o agente da reforma, utilizava, sem permitir-lhe autonomia, a burguesia comercial, posta ao lado da aristocracia vigiada. A reforma, desta maneira, incide, de modo principal, sobre os delegados estatais, universitariamente reequipados. A ideologia, orientada pelo poder público, subordina o pensamento político, impedindo que ela se liberte para frequentar o espaço liberal⁹⁹¹.

Assim, o pombalismo é influenciado pelas ideias iluministas, mas resulta, efetivamente, em um movimento na contramão do que propunha (modernizar a Faculdade de Coimbra, por exemplo). O que, de fato, se observa é a aplicação, de

⁹⁸⁷ NEDER, G., “Iluminismo Jurídico-Penal Luso Brasileiro: obediência e submissão”. Coleção pensamento criminológico. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000, p. 134.

⁹⁸⁸ A escolástica barroca caracteriza-se pela reflexão filosófica ibérica, marcada pela ascensão dos jesuítas às cátedras, influenciando o ensino nas universidades coloniais, como o Brasil. Possui como característica: “1- os temas, métodos sistemáticos de exposição influenciados pelos ensinamentos de São Tomás de Aquino. 2- influenciada pela reforma interna da Igreja Católica com oposição ao movimento protestante, há uma exaltação à missão de conversão à religião católica. 3- “além disso, nos âmbitos da lógica, metafísica, teoria do conhecimento, ética jurídica e crítica da religião, nota-se um diálogo e uma reação crescente com respeito à filosofia moderna incipiente. 4- há uma tematização, pelos intelectuais, do estatuto do ser humano, os direitos dos povos do ‘Novo Mundo’ e a necessidade de uma normatização dessas colônias (PICH, R. H., “Recepção e desenvolvimento da Escolástica Barroca na América Latina, séculos 16-18: notas sobre a contribuição de Walter Bernard Redmond”. Disponível em <<<http://bdigital.uncu.edu.ar/app/navegador/?idobjeto=4682>>>. [18-01-2018]).

⁹⁸⁹ NEDER, op. cit., p. 135.

⁹⁹⁰ *Ibid.*, p. 159.

⁹⁹¹ FAORO, R., “Existe um pensamento político brasileiro?” Universidade de São Paulo, Estudos Avançados, São Paulo, 1987. Disponível em: << <http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8467/10018>>> [16-01-2018].

uma forma autoritária, de estatutos e compêndios que instrumentalizavam a “ordem social e institucional vigente e, rigidamente, hierarquizada”⁹⁹², sob o argumento de superar, a partir de uma abordagem focada nas leis, um ensino jurídico pautado no Direito Romano e Canônico. A reforma pombalina baseou-se em um pragmatismo político e marcou a passagem à modernidade tanto em Portugal quanto no Brasil.⁹⁹³

A reforma de Coimbra também enfatizou o nacionalismo. Trouxe para o currículo a história do direito em Portugal, influenciada pelos ideais iluministas, impactante nos estudos tanto históricos quanto jurídicos, sofrendo mudanças com a Lei de 18 de agosto de 1769 (Lei da Boa Razão) e da Reforma dos Estudos de Direito (1772). A Lei da Boa Razão traduz a preocupação com o racionalismo:

A Lei da Boa Razão marca a ruptura que introduz em Portugal as preocupações com o racionalismo. No “Século das Luzes”, esta lei mantém a vontade do monarca, tal qual assentado nas Ordenações Filipinas que indicam a vontade do rei (à vontade do rei se reconduzia, diretamente, a lei, e, em certa medida, o estilo da corte e o costume), mas pretende-se substituir o “*ultrumque ius*” – também assentado nas Ordenações (considerando aí incorporadas as aderentes “opiniões de Acúrsio e Bártholo e a “*communis opinio*”), ou seja, refugou as Leis Romanas que foi apelidada como “Lei da Boa Razão”, portanto, pela frequente recorrência à boa razão, inscrita em seu texto.⁹⁹⁴

A partir dessa Lei há uma valorização das fontes do direito e uma certa restrição quanto ao estilo da corte e ao costume: “determina-se que o estilo só valerá, desde que tenha disso aprovado por Assento da Casa da Suplicação; e, quanto ao costume, estabelece-se que ele só será fonte, desde que concorram três requisitos: ser conforme à boa razão, não ser *contra legem* e ter mais de cem anos⁹⁹⁵”. A ideia da boa razão é um contrapeso ao uso do direito romano e canônico.

O primeiro compêndio da História do Direito a ser redigido em Portugal fora, como já mencionado, o de Paschoal José Melo Freire, no século XVIII, funcionando, assim, como o fanal para os outros autores de compêndios. Tinha por objetivo se distanciar das lições aristotélico-tomista, resgatando juristas portugueses do século XVI⁹⁹⁶.

⁹⁹² NEDER, op. cit., p. 154.

⁹⁹³ Ibid., p. 167.

⁹⁹⁴ NEDER, G. “Coimbra e os juristas brasileiros. Poder, Família e Controle Social”, 1992, p.3.

⁹⁹⁵ Ibid., p.4.

⁹⁹⁶ Ibid., p.5.

Quanto à Reforma do Estatuto de Direito de Coimbra, recorda-se que as Faculdades de Recife e São Paulo o importaram como modelo para os próprios estatutos. Paschoal José Melo Freire, igualmente, funcionou como referência primordial para o meio jurídico brasileiro. A ex-colônia, a despeito da independência política e das profundas diferenças de sua realidade, mantinha-se claramente subserviente ao método de ensino jurídico de seu colonizador.

A reforma coimbreense pautava-se nos ideais racionalistas, sacramentando a separação entre Igreja e Estado, sob uma perspectiva pragmática, instrumentalizada pelos compêndios⁹⁹⁷. Os compêndios apresentam-se, portanto, como uma sistematização dos conceitos estudados, mas que fomentaram um ensino tecnicista, acrítico.

Michel Miaille⁹⁹⁸ aponta a existência de obstáculos epistemológicos que possuem características comuns às que os compêndios introduziram ao ensino jurídico: falsa transparência do direito, idealismo das explicações jurídicas e “uma certa imagem do saber onde a especialização teria progressivamente autorizado as compartimentações”.⁹⁹⁹

A falsa transparência do direito é representada pela simplificação que obras jurídicas se propõem a promover, extirpando toda a complexidade que reside por trás dos fenômenos jurídicos: “os autores contentam-se em deitar uma olhadela sobre as instituições jurídicas da nossa sociedade para dela extrair o conhecimento, a ciência do direito”¹⁰⁰⁰. O idealismo jurídico causa uma sobreposição da filosofia sobre o materialismo, ou seja, a explicação do mundo está no campo das ideias. Também em suas práticas profissionais, os juristas seguem confirmando o idealismo, quando ignoram o contexto social de um caso concreto e subordinam esse ao seu pensamento soberano. O idealismo é uma abstração a partir da representação, sendo, portanto, uma abstração ideológica (uma certa imagem do saber). Assim, a ciência jurídica apresenta-se como uma imagem do mundo do direito, quando deveria ser uma explicação.

Outra característica do pombalismo é seu formalismo, um ensino restrito às constatações e sistematização do docente em relação à determinada obra. O aluno tornava-se, assim, mero decorador das ideias contidas nos compêndios, meros sumários simplificados da realidade, plasmados na falsa transparência do

⁹⁹⁷ Ibid., p.11.

⁹⁹⁸ Apesar de Miaille realizar um estudo do ensino jurídico na França, e a ele se referir nas reflexões que são aproveitadas acima, tanto o direito da França quanto o de Portugal, com a Reforma Pombalina, foram influenciados pelo iluminismo.

⁹⁹⁹ MIAILLE, M. “Introdução Crítica ao Direito”. Editora Estampa, Lisboa, 1994, p.38.

¹⁰⁰⁰ Ibid., p.39.

direito, no idealismo jurídico e em certa imagem do saber. Sérgio Buarque de Holanda também sinaliza neste sentido, acentuando como os intelectuais sustentam posições, por vezes antagônicas, de diversas doutrinas, levando em conta apenas o rebuscamento e a retórica¹⁰⁰¹.

III. A INFLUÊNCIA COIMBRENSE NAS FACULDADES DE DIREITO NO BRASIL

A criação das Faculdades de Recife e de São Paulo deu-se através da cópia do Estatuto de Direito de Coimbra. Apesar das distinções ideológicas, políticas e territoriais as duas faculdades possuíam em comum a ancestralidade coimbrense e o liberalismo. Assim, a despeito de ambas representarem os anseios de emancipação política em relação à metrópole, contraditoriamente mantinha-se uma dependência do colonizador, reverberada pelos estatutos importados da Faculdade de Direito de Coimbra.

A Faculdade de Recife fora inaugurada em Olinda em 1828. Ressalta-se que a província de Pernambuco era caracterizada pela sua não passividade e pela forte participação na política. Ambicionava-se um ensino jurídico autônomo que marcasse a ruptura com a metrópole. Contudo com início do curso o que se observou foi a penetração do ideário português: “em vista do isolamento da província, tudo vinha de Portugal: os costumes, a maioria dos professores e mesmo parte dos alunos”¹⁰⁰². Nesse período, em Olinda, a Faculdade de Direito tornou-se inexpressiva, tanto pelo corpo discente, quanto pela teoria estrangeira, pelo rigorismo do estatuto, pela influência coimbrense. Em 1854, ela é transferida para Recife e há uma mudança tanto na organização do curso, quanto nas produções intelectuais.

A Faculdade de Recife se destaca pela leva de professores que ali passaram a lecionar. Silvio Romero, Tobias Barreto e Clóvis Beviláqua, conhecidos como os reformadores da Escola de Recife, inovaram ao se aproximarem de outros campos do saber, como a biologia evolutiva, as ciências naturais e a uma antropologia física e determinista, conferindo cientificidade e especificidade ao curso de direito – o que repercute, por exemplo, no naturalismo no campo da literatura, na atribuição ao direito do *status* de ciência, e no estímulo aos debates sobre “os destinos e problemas na nação”¹⁰⁰³ brasileira.

¹⁰⁰¹ HOLANDA, S. B., “Raízes do Brasil”. Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

¹⁰⁰² SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”. Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 144.

¹⁰⁰³ Ibid., p. 149-150.

A Escola de Recife, na contramão do positivismo que reinava da Academia de São Paulo, era tomada pelo naturalismo filosófico advindo de um monismo evolucionista nas perspectivas de Spencer, Haeckel e Noiré¹⁰⁰⁴. A história da Escola pode ser compreendida em quatro fases: a primeira, entre 1860 e 1875, “se caracteriza doutrinariamente pela assimilação inicial de ideias positivistas, evolucionistas e materialistas com as quais se começa a dar combate ao ecletismo espiritualista que na época tinha foros de uma espécie de filosofia oficial”¹⁰⁰⁵. A segunda fase “se inicia com o incidente ocorrido na Faculdade de Direito quando Sílvio Romero para escândalo da Congregação declarou a morte da metafísica”¹⁰⁰⁶. Essa fase é marcada pelo fim da adoção das ideias positivistas. A discussão se tornou ato político, com Sílvio Romero ao final retirando-se da sala, qualificando os demais membros da banca de ignorantes¹⁰⁰⁷. Tal incidente ocorrera na banca de defesa de doutorado de Sílvio Romero, na qual um integrante da banca, Dr. Coelho Rodrigues, reclamou da oposição à metafísica realizada por Sílvio Romero.

- Nisto não há metafísica, há lógica.
- A lógica não exclui a metafísica, replicou o arguente.
- A metafísica, não existe mais, se não sabia, o saiba, treplicou o doutorando.
- Não sabia, retrucou esse.
- Pois vá estudar e aprender para saber que a metafísica está morta.
- Foi o senhor quem a matou? Perguntou-lhe então o professor.
- Foi o progresso, a civilização¹⁰⁰⁸.

A terceira fase vai de encontro ao positivismo e espiritualismo, sobre influência de Kant, além de possuir características do monismo. Na quarta fase, por fim, há um distanciamento da especulação filosófica¹⁰⁰⁹.

Tobias Barreto, Sílvio Romero e Clóvis Beviláqua realizaram revolução na Escola de Recife. Barreto formou-se em direito de Escola de Recife, posteriormente tornando-se professor, onde expunha toda sua eloquência e domínio do direito e de outros campos do saber, principalmente a filosofia.

¹⁰⁰⁴ NETO, A.L. M., “Histórias das Ideias Jurídicas no Brasil”, Grijalbo, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969, p. 73.

¹⁰⁰⁵ Ibid., p.74.

¹⁰⁰⁶ Ibid., p.74.

¹⁰⁰⁷ SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”. Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 148.

¹⁰⁰⁸ Atas FDR, 875; B., In: SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”, Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 148.

¹⁰⁰⁹ NETO, A.L. M., “Histórias das Ideias Jurídicas no Brasil.”, Grijalbo, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969, p. 73.

Tobias Barreto possuía uma posição avessa ao positivismo e ao ecletismo espiritualista. Suas proposições filosóficas advinham de uma literatura alemã como Haeckel, Jhering, Post e Noiré, além do evolucionismo de Darwin. O professor transitava entre o monismo mecanicista de Haeckel e o monismo teleológico de Noiré, além de sofrer influência do pensamento kantiano. É categorizado como um naturalista evolucionista.

Silvio Romero, por sua vez, também se graduou em Direito pela Escola de Recife. Posteriormente, emigrou para o Rio de Janeiro onde, além de lecionar Filosofia no Colégio Pedro II, era atuante no meio intelectual carioca, tendo sido participante do grupo de escritores que fundou a Academia Brasileira de Letras e fundador da Faculdade Livre de Direito: “a literatura, o folclore, a filosofia, a sociologia e a filosofia jurídica são os terrenos prediletos de sua atuação”.¹⁰¹⁰ No campo jurídico, sua teoria pode ser compreendida como um Sociologismo Evolucionista: “o ponto de partida da filosofia jurídica de Sílvio Romero é um monismo epistemológico radical, derivado de um monismo naturalista de progênie evolucionista”¹⁰¹¹.

Já Clóvis Beviláqua é considerado o maior jurista da Escola de Recife, incumbindo-se de elaborar o anteprojeto do primeiro Código Civil brasileiro, além de ter sido membro da Academia Brasileira de Letras. Em relação ao positivismo, combatido por Tobias Barreto e Silvio Romero, Beviláqua assimilava as principais contribuições, além de elogiar tal movimento, apesar de sua visão naturalista e evolucionista. No campo jurídico, Beviláqua sofre influência de Jhering e de Hermann Post, propunha a fórmula da evolução jurídica que possui três tendências de crescimento: “o reconhecimento de um número crescente de direitos atribuídos a cada pessoa, o alargamento progressivo das garantias jurídicas, que são concedidas a um maior número de pessoas e a crescente segurança dos direitos reconhecidos”¹⁰¹².

A Faculdade de São Paulo, por seu turno, apesar de correlacionar-se com a Escola de Recife quanto às raízes na independência política de 1822, é marcada pelo pragmatismo. As características da faculdade paulista já se emolduram com a seleção de seu primeiro diretor: José Arouche Toledo Rendon, general brasileiro. “A alta estima pela função social da prática do direito constitui uma singularidade

¹⁰¹⁰ Ibid. p. 98.

¹⁰¹¹ Ibid., p.98.

¹⁰¹² BEVILÁQUA, “Crimonologia e Direito”; In: NETO, A.L. M. “Histórias das Ideias Jurídicas no Brasil”. Grijalbo, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969, p. 114.

dessa escola”¹⁰¹³. A Academia de São Paulo apresenta-se como a Faculdade de Direito hegemônica, que repercute na centralização, na província paulista, da produção do direito: “a academia paulista encontrava em si mesma – e só em si – o modelo de progresso tão aguardado”¹⁰¹⁴. A faculdade paulista utiliza-se dos prespostos liberais, mas adapta-os aos interesses da província¹⁰¹⁵.

A Academia paulista adotou fortemente o pragmatismo ao definir, por exemplo, seu campo de interesse – direito e São Paulo – o que ressalta mais características pombalinas do que liberais. O que a faculdade paulista reforça é um ensino jurídico elitizado (apenas para os “eleitos”), com um acentuado estreitamento entre política e academia, permeado por um evolucionismo catolicista:

Essa missão fundamental que Deus nos deu sobre os homens, torna a nossa profissão uma verdadeira profissão de exceção. Somente os eleitos dela devem se aproximar. Que ide ser? Advogados, juizes, diplomatas, legisladores, administradores públicos. Sempre homens de direito, homens de Estado¹⁰¹⁶.

Apesar do liberalismo da Academia de São Paulo, este se apresenta com certo conservadorismo – um liberalismo conservador, “em que o conceito de liberdade aparecia condicionado à noção de ordem”¹⁰¹⁷. A faculdade paulista legitimou um Estado autoritário e ditatorial, amparando-se em uma teoria evolucionista para engrandecer sua origem e seu futuro, com a ambição de serem propulsores de um direito hegemônico brasileiro, a partir de um centralismo paulista, marcado, como dito, por um liberalismo conservador e antidemocrático.

Portanto, é neste contexto de influência coimbreense, de utilização de compêndios, de um pragmatismo característico do pombalismo, que se instaura o ensino jurídico no Brasil e, por conseguinte, o direito brasileiro, o conceito de justiça e suas consequências práticas.

IV. O ENSINO JURÍDICO BRASILEIRO: APONTAMENTOS NAS OBRAS DE MACHADO DE ASSIS

¹⁰¹³ SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”. Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 177.

¹⁰¹⁴ Ibid., p. 178.

¹⁰¹⁵ NEDER, G., “Coimbra e os juristas brasileiros. Poder, Família e Controle Social”, 1992, p.10.

¹⁰¹⁶ RFDSP, 1929, p. 169. In: SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”. Companhia das Letras, São Paulo, 1993, p. 17.

¹⁰¹⁷ Ibid., p. 181.

As marcas do estilo pombalino e dos moldes formados em São Paulo e em Recife seguem, a despeito de passados já quase dois séculos, visíveis. O ensino jurídico brasileiro é hoje ainda fortemente marcado pelo dogmatismo, positivismo, supervalorização das leis. Um ensino de regra acrítico, representativo do pensamento e valores das elites brasileiras¹⁰¹⁸.

As escolas de direito brasileiro seguem exercitando um direito descontextualizado, desconexo com a realidade social, econômica e política do país. O dogmatismo permanece presente nos manuais, na repetição acrítica da jurisprudência, na técnica do direito marcada pela rigidez das leis e por uma visão tecnicista, valorizando mais o rebuscamento vocabular do que a argumentação lógica e a análise contextual e crítica da realidade. Destaca-se, ainda, a incomunicabilidade do direito com outras áreas como história, sociologia, filosofia.

O processo de ensino do direito, no mais das vezes, segue consistindo na exposição da lei, tomada como um objeto idealizado e apartado da realidade, da forma como ela deve ser “aplicada” a esta realidade, em nome do “bem comum”, da “ordem”, da “paz”¹⁰¹⁹. O “bem comum”, no entanto, é aquele de uma classe social opressora e hegemônica, onde qualquer outra que não se enquadre nessa categoria é invisibilizada.

Para Sérgio Buarque de Holanda, o positivismo é uma daquelas “definições irresistíveis e imperativas” que resiste à “fluidez e mobilidade da vida”, sendo que “sua perfeição não podia ser posta em dúvida e se impunha obrigatoriamente a todos os homens de boa vontade e de bom senso”, sendo que “nossa história, nossa tradição eram recriadas de acordo com esses princípios inflexíveis”¹⁰²⁰. O

¹⁰¹⁸ ALMEIDA, A. L. V., “O *Apartheid* do direito: reflexões sobre o positivismo jurídico na periferia do capital”. Revista Direito e Práxis, v.08, n. 2, Rio de Janeiro, 2017.

¹⁰¹⁹ Os trechos a seguir serve de bom exemplo do tipo de discurso que povoa os manuais jurídicos. Ele é retirado de manual de Teoria Geral do Processo, dos processualistas paulistas Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco (2003), de larga utilização em todo país. É um bom exemplo, ainda, de como a os representantes da Escola de Direito de São Paulo, ainda sob as mesmas arcadas, continua ditando a lógica do ensino de direito do Brasil:

“Indaga-se, desde logo, portanto, qual a causa dessa correlação entre sociedade e direito. E a resposta está na função que o direito exerce na sociedade: a função ordenadora, isto é, de coordenação dos interesses que se manifestam na vida social, de modo a organizar a cooperação entre pessoas e compor os conflitos que se verificarem entre os seus membros” (CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R., “Teoria Geral do Processo”. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 19).

“A pacificação é o escopo magno da jurisdição e, por consequência, de todo sistema processual [...]. É um escopo social, uma vez que se relaciona com o exercício da jurisdição perante a sociedade e sobre a vida regrária dos seus membros e felicidade pessoal de cada um” (CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R., “Teoria Geral do Processo”. Malheiros, São Paulo, 2003, p. 24).

¹⁰²⁰ HOLANDA, S. B., “Raízes do Brasil”. Companhia das Letras, São Paulo, 1995, p.158.

positivismo segue firme no cotidiano do ensino jurídico brasileiro, centrado na “aplicação” de uma lei reificada sobre uma realidade planificada pelos valores burgueses.

As permanências observadas nas escolas de Direito reproduzem-se, por certo, no contexto que lhes serve de ambiente, tão bem desvelado por Machado de Assis, há mais de cem anos atrás, com uma atualidade e precisão impressionantes.

No conto *Teoria do Medalhão*, publicado originalmente em 1811, um pai ensina ao filho, prestes a completar 22 anos, como ser um “medalhão”. O reconhecimento social é pragmaticamente incompatível com a teoria, o questionamento, as ideias inovadoras, os livros e livrarias:

Sentenças latinas, ditos históricos, versos célebres, brocardos jurídicos, máximas, e de bom aviso trazê-los contigo para os discursos de sobremesa, de felicitação, ou de agradecimento. *Caveant cónsules* é um excelente fecho de artigo político; o mesmo direi *Si vis pacem para bekkum*. Alguns costumam renovar o sabor de uma citação intercalando-a numa frase nova, original e bela, mas não te aconselho esse artifício: seria desnaturar-lhe as graças vestustas. Melhor do que tudo isso, porém, que afinal não passa de mero adorno, são as frases feitas, as locuções convencionais, as fórmulas consagradas pelos anos, incrustadas na memória individual e pública. Essas fórmulas tem a vantagem de não obrigar os outros a um esforço inútil. Não as relaciono agora, mas fá-lo-ei por escrito. De resto, o mesmo ofício te irá ensinando os elementos dessa arte difícil de pensar o pensado. Quanto à utilidade de um tal sistema, basta figurar uma hipótese. Faz-se uma lei, executa-se, não produz efeito, subsiste o mal. Eis aí uma questão que pode aguçar as curiosidades vadias, dar ensejo a um inquérito pedantesco, a uma coleta fastidiosa de documento e observações, análise das causas prováveis, causas certas, causas possíveis, um estudo infinito das aptidões do sujeito reformado, da natureza do mal, da manipulação do remédio, das circunstâncias da aplicação; matéria, enfim, para todo um andaime de palavras, conceitos e desvarios. Tu poupas aos teus semelhantes todos esse imenso aranzel, tu dizes aranzel, tu dizes simplesmente: Antes das leis, reformemos os costumes! – E esta frase sintética, transparente, límpida, tirada ao pecúlio comum, resolve mais depressa o problema, entra pelos espíritos como um jorro súbito de sol¹⁰²¹.

Valorizar frases feitas e locuções convencionais é um ensinamento subliminar que povoa os manuais, pareceres e decisões judiciais, que igualmente abusam desses recursos, característicos do bacharelismo da ciência jurídica. A retórica vazia e brocardos jurídicos remetem a uma cultura jurídico-institucional formalista,

¹⁰²¹ ASSIS, M., “Obra Completa”, Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1994, v.II.

ornamental, ou seja, “um amor pronunciado pelas formas fixas e pelas leis genéricas, que circunscrevem a realidade complexa e difícil dentro do âmbito dos nossos desejos, e dos aspectos mais constantes e significativos do caráter brasileiro”¹⁰²².

Os conselhos paternos de Machado de Assis parecem vivos no texto abaixo, extraído de uma decisão judicial:

Com espia no referido precedente, plenamente afinado, de modo consuetudinário, por entendimento turmário iterativo e remansoso, e com amplo supedâneo na Carta Política, que não preceitua garantia ao contencioso nem absoluta nem ilimitada, padecendo ao revés dos temperamentos constrictores limados pela dicção do legislador infraconstitucional, resulta de meridiana clareza, tornando despicienda maior peroração, que o apelo a este Pretório se compadece do imperioso prequestionamento da matéria abojada na insurgência, tal entendido como expressamente abordada no Acórdão guereado, sem o que estéril se mostrará a irresignação, inviabilizada ab ovo por carecer de pressuposto essencial ao desabrochar da operação cognitiva.¹⁰²³

Machado de Assis ilustra em diversas obras a questão da valorização pura e simples das palavras, da pseudo-erudição, de expressões decoradas em latim – atitudes apropriadas pela cultura jurídica bacharelesca e vivas na tradição do ensino jurídico. Em *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, a personagem principal, bacharel em direito, elucida, com fina ironia, como foi seu ensino jurídico:

Para lhes dizer a verdade toda, eu refletia as opiniões de um cabelereiro que achei em Módena, e que se distinguia por não as ter absolutamente. Era a flor dos cabeleireiros; por mais demorada que fosse a operação do toucado, não enfadava nunca; ele intercalava as penteadelas com muitos motes e pulhas, cheios de um pico, de um sabor...Não tinha outra filosofia. Nem eu. Não digo que a Universidade me não tivesse ensinado alguma; mas eu decorei-lhe só as fórmulas, o vocabulário, o esqueleto. Tratei-a como tratei o latim; embolsei três versos de Virgílio, dois de Horácio, uma dúzia de locuções morais e políticas, para as despesas da conversação. Tratei-os como tratei a história e a jurisprudência. Colhi de todas as coisas, a fraseologia, a casca, a ornamentação¹⁰²⁴.

É neste contexto de “fraseologia”, “casca”, “ornamentação”, narrado por Machado de Assis, que se sustenta o bacharelismo jurídico, através do qual se valoriza sobremaneira a distinção baseada nos aspectos externos, nas roupas e adereços, no título de “doutor”, nos sobrenomes pomposos. Esta representação do conhecimento jurídica é a tradução desse “nosso apego quase exclusivo aos valores

¹⁰²² HOLANDA, op. cit. p.158.

¹⁰²³ ARRUDÃO, B. “Pompa e circunstância: veja o debate sobre a rebelião contra o idioma forense”. *Revista Consultor Jurídico*. 2005. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2005-nov-16/idioma_forense_encontra_resistencia_junto_populacao?imprimir=1>> [28-01-2018].

¹⁰²⁴ ASSIS, M., “*Obra Completa*”, Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1994, v.II.

da personalidade”¹⁰²⁵, que reacende a lembrança da contraditória modernidade pombalina, presa entre a aparência lustrosa do progresso e as hierarquias monárquicas do antigo regime.

Essa exaltação da personalidade individual, em sua relação com os símbolos e funções do Estado, é mais uma vez ironizada por Machado de Assis no conto *O Espelho*. Sua personagem principal é um alferes da Guarda Nacional, que extrai do seu uniforme bajulação e reconhecimento social. É só trajando seus paramentos que o alferes obtém de sua tia Marcolina (que o chama de “meu aferes”) mimos e regalias. Em dado momento, no entanto, quando se vê em total solidão, privado de bajulações e pessoas a sua disposição, vê na projeção do espelho nada mais que borrões e distorções de sua face. Ao vestir seu uniforme sua identidade, no entanto, é recuperada:

Lembrou-me vestir a farda de alferes. Vesti-a aproveitei-me de todo; e, como estava defronte do espelho, levantei os olhos, e...não lhes digo nada; o vidro reproduziu então a figura integral; nenhuma linha de menos, nenhum contorno diverso, era eu mesmo, o alferes, que achava, enfim, a alma exterior. Essa alma ausente com a dona do sítio, dispersa e fugida com os escravos, ei-la recolhida no espelho. Imaginai um homem que, pouco a pouco, emerge de um letargo, abre os olhos sem ver, depois começa a ver, distingue as pessoas dos objetos, mas não conhece individualmente uns nem outros, enfim, sabe que este é Fulano, aquele é Sicrano; aqui está uma cadeira, ali um sofá. Tudo volta ao que era antes do sono. Assim foi comigo. Olhava pata o espelho, ia de um lado para outro, recuava, gesticulava, sorria e o vidro exprimia tudo. Não era mais um autômato, era um ente animado. Daí em diante, fui outro. Cada dia, a uma certa hora, vestia-me de alferes e sentava-me diante do espelho, lendo olhando, meditando; no fim de duas, três horas, despia-se outra vez. Com este regime pude atravessar mais seis dias de solidão sem os sentir...¹⁰²⁶

O ensino jurídico brasileiro continua formando bacharéis que só veem seu “reflexo no espelho” quando estão cercados por bajulações, prestígio, togados pela frieza do positivismo do direito, pela sua formalidade. E, muito ao contrário do que necessita uma sociedade tão marcada pela desigualdade, agindo como desmobilizador da luta por um “direito vivo, isto é, o direito que não se deixa matar pela dogmática e embalsamar nas urnas da velha jurisprudência”¹⁰²⁷.

CONCLUSÃO

¹⁰²⁵ Ibid., p.157.

¹⁰²⁶ ASSIS, M., “Obra Completa”, Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1994, v.II.

¹⁰²⁷ FILHO, R. L., “Problemas atuais do ensino jurídico”. Editora Obreira, Brasília, 1981, p.7.

A reforma do ensino de direito de Coimbra do século XVIII buscou modernizar o ensino jurídico de Portugal. Muito ao contrário do objetivo anunciado, no entanto, na prática jurídica o que se reverberou foi a continuação da influência da escolástica e, por conseguinte, do tomismo: ou seja, um estudo exaustivo de uma teoria específica, com um autor específico, onde o debate se dava somente sobre as percepções daquele autor, como mestre-mor de determinado assunto, que deveria simplesmente ser reproduzido, sem espaço para reflexão crítica.

A lei, simbolizando igualmente esta racionalidade abstrata, era vista como a expressão suprema do direito. Marquês de Pombal reforçava, assim, o nacionalismo, o direito pátrio, e marcava a ruptura entre Estado e a Igreja, com o afastamento do direito romano e canônico.

O ensino jurídico, marcado pelo pragmatismo muito presente nos compêndios manualescos, buscava-se resgatar, ainda, juriconsultos portugueses. A reforma é concretizada no Estatuto de Direito de Coimbra, em que se acentua as determinações formalistas, rígidas, com regras que cobriam desde questões administrativas até o que deveria conter nos compêndios elaborados pelos professores, como os alunos deveriam se comportar, o tipo de vestimenta. Instrumentalizouse, na verdade, um rigoroso sistema de regras disciplinares, que produzem consequências profundas, que podem ser percebidas até o presente.

No Brasil, as faculdades de Direito sofrem a influência desse modelo coimbrese. Em Recife havia uma preocupação em atribuir cientificidade ao direito. Com forte crítica ao positivismo, aproximou-se do naturalismo, do evolucionismo de Darwin, além da antropologia, da filosofia. O pragmatismo é a marca assumida pela Academia de São Paulo que, com sua atuação hegemônica, apropriou-se como dona da ciência jurídica brasileira, formando uma elite do direito e da burocracia nacional, marcada por liberalismo conservador.

O ensino jurídico no Brasil foi, portanto, marcado pela influência coimbrese, que combina iluminismo, absolutismo, liberalismo. Estas marcas repercutem, até hoje, em um ensino jurídico dogmático, positivista, descontextualizado, tecnicista, em que a retórica, as frases feitas, o rigorismo da escrita são mais valorizados que o próprio conhecimento e a realidade sobre a qual se debruçam.

Conclui-se que uma reforma curricular no curso de direito brasileiro se faz necessária, num esforço que seja capaz de construir uma percepção transdisciplinar do fenômeno jurídico, inserido como parte de um todo que é composto pelos fenômenos sociais, influenciado e modificado ao longo da história, que tenha uma experiência que coadune os conceitos teóricos com a empiria advinda de uma formação social, das necessidades e influências vindas das ruas, das periferias, da

população marginalizada. O ensino do direito deve ser protagonista de uma forma de produzir conhecimento em que a rigidez das leis não embalsame a fluidez da vida.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, A. L. V., “O *Apartheid* do direito: reflexões sobre o positivismo jurídico na periferia do capital”. Revista Direito e Práxis, v.08, n. 2, Rio de Janeiro, 2017.

ARRUDÃO, B. “Pompa e circunstância: veja o debate sobre a rebelião contra o idioma forense”. Revista Consultor Jurídico. 2005. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2005-nov-16/idioma_forense_encontra_resistencia_junto_populacao?imprimir=1>> [28-01-2018].

ASSIS, M., “Obra Completa”, Nova Aguilar, Rio de Janeiro, 1994, v.II.

CINTRA, A. C. A., GRINOVER, A. P., DINAMARCO, C. R., “Teoria Geral do Processo”. Malheiros, São Paulo, 2003

FAORO, R., “Existe um pensamento político brasileiro?” Universidade de São Paulo, Estudos Avançados, São Paulo, 1987. Disponível em:<<<http://www.revistas.usp.br/eav/article/view/8467/10018>>> [16-01-2018].

FILHO, R. L., “Problemas atuais do ensino jurídico”. Editora Obreira, Brasília, 1981

HOLANDA, S. B., “Raízes do Brasil”. Companhia das Letras, São Paulo, 1995.

MIAILLE, M. “Introdução Crítica ao Direito”. Editora Estampa, Lisboa, 1994.

NEDER, G. “Iluminismo Jurídico-Penal Luso Brasileiro: obediência e submissão”. Coleção pensamento criminológico. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2000.

_____. Coimbra e os juristas brasileiros. Poder, Família e Controle Social: 1992.

NETO, A.L. M., “Histórias das Ideias Jurídicas no Brasil”, Grijalbo, Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 1969.

PICH, R. H., “Recepção e desenvolvimento da Escolástica Barroca na América Latina, séculos 16-18: notas sobre a contribuição de Walter Bernard Redmond”. Disponível em <<<http://bdigital.uncu.edu.ar/app/navegador/?idobjeto=4682>>>. [18-01-2018].

SCHWARCZ, L. M., “O Espetáculo das Raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil 1870-1930”, Companhia das Letras, São Paulo, 1993.

ÉTICA NA ARBITRAGEM

PAIVA, Marcela da Costa Moreira

Mestre em Patrimônio Cultural pela Universidade de Vigo, Ourense, Espanha, Mestre em Justiça Administrativa pela Universidade Federal Fluminense, Niterói, Brasil, marcellacmpaiva@hotmail.com

PAUSEIRO, Sérgio Gustavo de Mattos

Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense, Brasil, spauseiro@gmail.com

RESUMO

No presente artigo, analisa-se a facticidade ética da arbitragem e a perspectiva moderna sobre o mencionado instituto para abordar os deveres éticos do árbitro. Há, assim, o objetivo de identificar como tais deveres se relacionam com a compreensão contemporânea de jurisdição, em prol de tratar as bases para uma ética arbitral, cujos alicerces estão na consensualidade e na institucionalização dos processos discursivos. Utiliza-se da pesquisa bibliográfica para abordar o tema, com enfoque na doutrina nacional e internacional sobre arbitragem.

Palavras-chave: ética; arbitragem; árbitro; deveres éticos; modernidade.

RESUMÉN

En el presente artículo se analiza la facticidad ética del arbitraje y la perspectiva moderna sobre el mencionado instituto para abordar los deberes éticos del árbitro. Hay, así, el objetivo de identificar cómo tales deberes se relacionan con la comprensión contemporánea de jurisdicción, en pro de tratar las bases para una ética arbitral, cuyos cimientos están en la consensualidad y en la institucionalización de los procesos discursivos. Se utiliza de la investigación bibliográfica para abordar el tema, con enfoque en la doctrina nacional e internacional sobre arbitraje.

Palabras-clave: ética; arbitraje; árbitro; deberes éticos; modernidad.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. COMPLEXIDADE DA ÉTICA ARBITRAL; III. ARBITRAGEM MODERN; IV. DEVERES DO ÁRBITRO COMO CHAVE PARA A ÉTICA ARBITRAL; CONCLUSÃO; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

I. INTRODUÇÃO

A arbitragem consiste em um método de resolução de conflitos que surgiu no período pré-moderno em diversas áreas distintas, de forma geral, com bases atreladas na tradição e/ou na religião. No entanto, se modificou no período moderno, adequando-se as novas exigências para o ordenamento jurídico e para a solução de controvérsias. Sofreu mudanças, inclusive, no campo da ética.

No século XX, apenas um pequeno grupo praticava e participava dos procedimentos arbitrais, que dominavam o âmbito internacional. Este possuía uma compreensão ética que era aplicada na arbitragem, porém com o aparecimento de novos *players* estes entendimentos se tornaram insuficientes. A intensificação da globalização promoveu a diversidade de atores e a pluralidade de regras de condutas com compreensões distintas.

Adicionalmente, começou-se a compreender a arbitragem como um mercado, mediante a dimensão tomada pela comunidade arbitral. Estruturou-se, deste modo, como uma lógica mercadológica que causou a busca por interesses próprios nos procedimentos arbitrais.

Contudo, a releitura moderna do instituto está, principalmente, na realização de um processo com base em regras e procedimentos definidos para alcançar a pacificação social de forma consensual. Com isso, necessita-se da salvaguarda e do cumprimento de deveres éticos dos árbitros para a garantia da ética na arbitragem.

Neste diapasão, busca-se analisar o panorama ético atual da arbitragem e a compreensão moderna de arbitragem, com o intuito de examinar os deveres éticos do painel arbitral como a base para a formação de uma ética da arbitragem. Para tanto, utiliza-se da pesquisa bibliográfica centrada na doutrina nacional e internacional.

II. COMPLEXIDADE DA ÉTICA ARBITRAL

A modernidade é caracterizada por um processo de racionalização das compreensões de mundo, que interferem também no âmbito da resolução de conflitos. Ademais, se verifica a instrumentalização dos sistemas sociais, com a mudança da lógica de reprodução destes, em face dos sistemas do dinheiro e do poder, que afetam a integração social.

A comunidade arbitral até a segunda metade do século XX era formada por um grupo bastante limitado, sendo referido como uma *cosy community* (comunidade acolhedora). Aplicava-se o *compliance* voluntário, na boa-fé e na

compreensão mútua dos participantes, em conformidade com os documentos de Genebra da década de 1920 seguiam esse ideário¹⁰²⁸. As regras aplicadas eram definidas por um pequeno grupo de praticantes, os quais reproduziam suas compreensões em tais normas¹⁰²⁹.

Gradativamente, se percebeu a necessidade de *hard laws* para a execução de sentenças arbitrais estrangeiras, surgindo a Convenção de Nova Iorque sobre reconhecimento e a execução de sentenças arbitrais estrangeiras¹⁰³⁰. Tal fato demonstra a ampliação de *players* nos âmbitos nacional e internacional, provocando uma maior diversidade de atuantes, o que implicou na impossibilidade de aplicação das regras definidas por aquele pequeno grupo. A globalização e a entrada de novos participantes na arbitragem internacional geraram maior dificuldade no cenário ético¹⁰³¹.

A arbitragem se apresenta, assim, perturbada por essas questões modernas, que a descaracterizam como meio consensual de resolução de conflitos. Estudiosos da Sociologia da Arbitragem, como Alexis Mourre¹⁰³², Emmanuel Gaillard¹⁰³³ e Catherine Rogers¹⁰³⁴, sustentam o instituto como um setor mercadológico e não como um mecanismo de pacificação de contendas de potenciais comunicativos.

Os profissionais da área, inclusive, têm sido denominados de ‘comerciantes da lei’ ou de ‘comerciante de reconhecimento’ (no original, ‘*merchants of law*’ e ‘*merchants of recognition*’) em face deste nicho de mercado se desenvolver e se reproduzir a partir de uma lógica de reconhecimento, ou seja, de publicações sobre os melhores atores da arbitragem¹⁰³⁵.

Em adição ao aspecto da invasão da racionalidade instrumental-teleológica, os procedimentos arbitrais sofrem com violações éticas, o que pode ser

¹⁰²⁸ ROGERS, C.. “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014, pp. 22-23

¹⁰²⁹ GAILLARD, E. “Sociology of international arbitration”. Arbitration International, Oxford, 2015, 31, p. 13.

¹⁰³⁰ ROGERS, C. “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014, p. 23.

¹⁰³¹ HACKING, L. BERRY, S. “Ethics in arbitration: Party and arbitral misconduct”, Lord Hacking, 2016, 13.01.

¹⁰³² MOURRE, A. “Soft Law as a Condition for the Development of Trust in International Arbitration”. RBA, 51, 2016, p. 97.

¹⁰³³ GAILLARD, E. “Sociology of international arbitration”. Oxford Arbitration International, Oxford, 2015, 31, p. 6.

¹⁰³⁴ ROGERS, C. “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014.

¹⁰³⁵ GAILLARD, E. “Sociology of international arbitration”. Arbitration International, Oxford, 2015, 31, pp. 6-7.

constatado sob o aspecto internacional no estudo desenvolvido em 2010 por Edna Sussman e Solomon Ebere¹⁰³⁶ sobre condutas inadequadas das partes nas arbitragens internacionais. Cerca de 81 pessoas que já participaram de arbitragem sobre as práticas de guerrilha e quase 68% já havia enfrentado táticas de guerrilha nas arbitragens, o que demonstra a gravidade do cenário ético na comunidade arbitral.

Um dos aspectos apostados pelos autores como possível fator desta questão consiste na incerteza sobre regras éticas aplicáveis na arbitragem internacional. A *International Bar Association Task Force on Counsel Conduct* realizou uma pesquisa para identificar as normas seguidas pelos participantes da arbitragem, na qual 87% dos entrevistados responderam que não sabiam ao certo quais regras seriam aplicáveis¹⁰³⁷.

Mediante tais aspectos, Catherine Rogers¹⁰³⁸ aponta um *ethical no-man's land* (terra de ninguém) na arbitragem.

A 'no-man's land' is a space between the formally occupied territories of two warring sovereigns. In the absence of a governing sovereign, booby traps, land mines, snipers, and tangles barbed wire determine how and when soldiers manoeuvre in that space. Attacks from both of sides are constant. Most importantly, the uncertain political status of a no-man's land means that is unclear what rules or laws apply because the warring sovereigns each claim legal dominion¹⁰³⁹

O estudo a autora se centra na arbitragem internacional, cujo âmbito ético está fora das soberanias estatais. Em face da ausência de soberania de um Estado em específico, os atores da arbitragem encontram-se em um limbo, sem saber ao certo quais regras aplicar.

Gary Born considera o cenário atual de *crowded teenager's bedrom* (quarto de adolescente bagunçado) pela alta regulamentação. Há diversas regras como *hard laws* e *soft laws* que podem e são aplicadas nos procedimentos arbitrais nacionais e internacionais. Tais normativas possuem diferenças sobre determinados temas em face da diversidade e pluralidade presente na comunidade arbitral. Emmanuel Gaillard¹⁰⁴⁰ indica alguns atores sociais que regulamentam a conduta da

¹⁰³⁶ SUSSMAN, E.; EBERE, S. "All's fair love and war - Or is it? Reflections on ethical standards for counsel in international arbitration". *The American Review of International Arbitration*, Vol. 22, No. 4, 2011, 13.05.

¹⁰³⁷ ROGERS, C. "Ethics in International Arbitration". Oxford Press University, Oxford, 2014, p. 2.

¹⁰³⁸ ROGERS, C. "Ethics in International Arbitration", cit.

¹⁰³⁹ ROGERS, C. "Ethics in International Arbitration", cit., p. 18.

¹⁰⁴⁰ GAILLARD, E. "Sociology of international arbitration". *Arbitration International*, Oxford, 2015, 31, pp. 9-10.

arbitragem, os quais são Estados, organizações internacionais, ONGs, clubes de árbitros, organizações profissionais, instituições acadêmicas, lista de discursões e mídia.

Para Alfredo Bullard, a incerteza normativa pode acarretar que a arbitragem se torne um porto seguro para a corrupção¹⁰⁴¹. Tal risco se agrava frente ao entendimento moderno de que a arbitragem seria um processo fora da intervenção estatal¹⁰⁴², sem a necessidade, por exemplo, de comunicação do árbitro nos casos de condutas ilícitas.

Outra questão complexa no panorama ético da arbitragem se trata da competição entre câmaras de arbitragem para atrair casos mais complexos e valiosos e entre os árbitros para conseguir casos mais high profile¹⁰⁴³. Apresentam-se, deste modo, como fornecedores de serviços de resolução de conflitos na compreensão de O'Connor¹⁰⁴⁴. Com efeito, a concorrência se constata, por exemplo, nos eventos realizados pelas instituições arbitrais, nas listas de reconhecimento. A competição se mostra presente também nos árbitros que vislumbram a arbitragem como um negócio e como forma de crescimento e reconhecimento profissional¹⁰⁴⁵.

A concorrência se verifica ainda no âmbito dos escritórios de advocacia, que adotam em alguns casos condutas aguerridas em prol dos clientes, podendo incorrer em táticas de guerrilha ou em atos criminosos.

Um fator complicador nas arbitragens institucionais consiste nas denominadas listas fechadas de árbitros. Trata-se de uma prática comum por instituições arbitrais que possuem um rol específico de árbitros, e impedem a realização de arbitragens por aqueles não presentes na lista. Embora a prática seja interessante para guiar as partes na escolha dos julgadores, Joaquim Muniz¹⁰⁴⁶ aponta as críticas sobre a formação de “clubes” de árbitros, gerando a nomeação recorrente daqueles que fazem parte do grupo. Adicionalmente, deve ser considerado como

¹⁰⁴¹ GREBLER, E. “Relatório-Síntese do XIV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem”, Realizado de 13 a 15 de Setembro de 2015 em Foz do Iguaçu. Revista Brasileira de Arbitragem, n. 49, jan.-mar., 2016, p. 208.

¹⁰⁴² ROGERS, C. “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014, p. 30.

¹⁰⁴³ ROGERS, C. “Ethics in International Arbitration”, cit., p. 31.

¹⁰⁴⁴ O'CONNOR, E., “Can Arbitral Institutions Be Expected to Promulgate Effective Rules of Ethics?”, Kluwer Arbitration Blog, 2016.

¹⁰⁴⁵ ROGERS, C. “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014, p. 32.

¹⁰⁴⁶ MUNIZ, J. P. “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, pp. 133-134.

um risco para a ética na arbitragem, ao passo que reforça a ideia de justiça de cavalheiros com a indicação dos mesmos árbitros.

O crescimento da prática da arbitragem e a entrada de novos players neste mercado são apontados com causadores dos processos mencionados, bem como da insuficiência das regras éticas¹⁰⁴⁷, embora numerosas e variadas. Ademais, há impossibilidade de elaboração de normas uniformes de conduta para advogados, árbitros e partes, em face da pluralidade de atores e de suas jurisdições¹⁰⁴⁸.

Com base no apresentado, nota-se que a arbitragem enfrentou uma entrada de novos e diversificados *players* e, conseqüentemente, uma modificação no panorama ético, que passou a necessitar de normativas de *compliance*. Adicionalmente, é relatado um alto número de violações éticas, cujas práticas são potencializadas pela incerteza sobre as regras aplicáveis e as condutas eticamente aceitáveis, principalmente no campo internacional.

III. ARBITRAGEM MODERNA

Como é cediço, o sistema de resolução de conflitos na modernidade se centralizou no Estado, o qual passou a monopolizar os instrumentos de coerção, de força e de solução de controvérsias com definitividade. Com isso, os estados nacionais adotaram a teoria monista da jurisdição, resultando na irrelevância das produções jurídicas extraestatais¹⁰⁴⁹.

A produção legislativa, de mesmo modo, foi monopolizada pelo Estado, a partir da vontade do povo, representada no Poder Legislativo. Nesse passo, forma-se o direito com fundamento racional secularizado.

Gradativamente, assim, o direito objetivo se tornou formal, se organizando com a formação de profissionais e da esfera pública do direito e constituindo um procedimento previsto legalmente para solução de controvérsias entre particulares e entre particulares e o poder público, por meio da justiça formal.

A justiça oficial se formalizou a partir da definição de regras procedimentais para a pacificação das contendas. Houve ainda a determinação de normativas sobre a atribuição de competências e sobre garantias processuais com base

¹⁰⁴⁷ KIDANE, W. L., “The Culture of international arbitration”. Oxford University Press, Oxford, 2017, p. 82.

¹⁰⁴⁸ MOSK, R. M., “Attorney Ethics in International Arbitration”. Berkeley J. Int’l. Publicist, vol. 5, 2010, p. 34.

¹⁰⁴⁹ SANTOS, B. de S., “O Estado e o Direito na transição pós-moderna: Para um novo senso comum sobre o poder e o direito”; Revista Crítica de Ciências Sociais, n. 30, jun. de 1990, p. 32.

na vontade emanada do povo, assegurando a realização de processos judiciais argumentativos com decisões baseados em fatos, provas e discursos. Neste passo,

Desse modo, a criação e estruturação do direito legítimo e a legitimação do poder político residem na formação institucionalmente diferenciada de acordos racionais sobre situações conflituosas tematizadas no interior do processo racional de formação política da opinião e da vontade, o qual, segundo Habermas, depende de uma soberania popular internamente conectada às liberdades subjetivas e entrelaçada com o poder politicamente organizado, para, assim, concretizar o princípio todo o poder emana do povo¹⁰⁵⁰.

A estruturação do direito positivo e da legitimidade dos órgãos legisladores está na base racional da modernidade, cujo processo de formação política de opinião e da vontade. Tais aspectos dependem e estão nos fundamentos da democracia, na qual se baseia

Contudo, paulatinamente os mecanismos de resolução de controvérsias foram ampliados em face da modificação da compreensão de acesso à justiça. Isto se baseou na mudança da mera aplicação do direito positivo ao caso concreto para a efetiva harmonização das expectativas e dos planos individuais de ação.

Os métodos alternativos ou adequados de solução de conflitos, principalmente a arbitragem, são adotados pelos ordenamentos jurídicos como forma de efetivar a jurisdição em seu sentido moderno, que serão abordados posteriormente. A arbitragem, durante o início do período moderno, foi relegada apenas para o plano internacional, voltada para a resolução de conflitos entre os Estados, em face do receio trazido com a Revolução Francesa. Mediante tal movimento, passou-se a compreender como razoável e legal somente a decisão advinda do juiz, ao qual cabia unicamente a aplicação da lei positiva ao caso concreto. Assim, o Código Napoleônico não previa a sentença arbitral como um título executivo, sendo necessária homologação. É digno de nota que os Estados de tradição romano-germânica sofreram maior influência do entendimento francês, nos Estados Unidos e na Inglaterra, por exemplo, o instituto arbitral seguiu sendo utilizado.

Entretanto, no pós-Segunda Guerra, a arbitragem foi retomada na solução de controvérsias entre particulares e entre particulares e o Estado, seguindo as necessidades internacionais para investimentos nos países que sofreram com o conflito bélico e naqueles de independência tardia.

O ordenamento jurídico brasileiro, apesar da maior aproximação do sistema estadunidense após a proclamação da República, não previa a arbitragem até

¹⁰⁵⁰ BANNWART Jr, C. J.; TESCARO JR., J. E., “Jürgen Habermas: teoria crítica e democracia deliberativa”. *Confluências*, vol. 12, n. 2. Niterói, 2012, p. 148.

a década de 1990, na contramão do período imperial. No entanto, frente às exigências internacionais e as necessidades internas, houve a elaboração da Lei n. 9.307/96 que reconheceu a natureza jurídica de jurisdição da arbitragem e estabeleceu o procedimento e garantias processuais para este.

No início da modernidade, o posicionamento majoritário da jurisdição era de cunho positivista, sendo atribuída à Escola da Exegese francesa tal perspectiva. Deste modo, a jurisdição se limitava a mera aplicação da vontade concreta do direito positivo, no qual estavam presentes todos os elementos necessários para dirimir o litígio, sendo necessário apenas a subsunção da norma ao fato concreto. De forma gradual, esta compreensão foi sendo afastada, tendo em vista a demonstração fática da inviabilidade de um sistema jurídico unicamente preocupado com o aspecto formal.

Nesta direção, constatou-se a necessidade de um ordenamento jurídico preocupado não apenas com a validade, mas também com a facticidade. Isto resultou na entrada de valores no sistema jurídico, perpassando tal mudança pela própria forma de resolução de conflitos. Com isso, a jurisdição começou a ser entendida para além da mera aplicação do direito positivo. Entende-se, assim, que possui três escopos: jurídico, político e social. Nas palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

A jurisdição não tem um escopo, mas escopos (plural): é muito pobre a fixação de um escopo exclusivamente jurídico, pois que há de mais importante é a destinação social e política do exercício da jurisdição. Tem, na realidade, escopos sociais (pacificação com justiça, educação), políticos (liberdade, participação, afirmação da autoridade do estado e do seu ordenamento) e jurídico (atuação da vontade concreta do direito)¹⁰⁵¹.

No tocante ao aspecto jurídico, remonta-se ao início da modernidade, ao passo que busca a aplicação da lei ao caso concreto com a solução do conflito com definitividade. O painel arbitral aplica o direito substancial escolhido pelas partes para a resolução da controvérsia para a qual essas lhe atribuíram competência, mediante a autonomia da vontade. Com efeito, os árbitros direcionam o procedimento arbitral e proferem a sentença arbitral, que apresenta os mesmos efeitos da sentença judicial.

Quanto ao âmbito político, a jurisdição se refere, principalmente na afirmação da autoridade estatal e de seu ordenamento jurídico, o que se mantém relativizado na arbitragem pelo caráter extraestatal do instituto. Ademais, o escopo

¹⁰⁵¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. A instrumentalidade do processo. 13ª ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2008, p. 387.

político se relaciona com a efetivação das liberdades e com a participação dos indivíduos em um procedimento de caráter democrático. A arbitragem consiste em um método de resolução de conflitos pautado na autonomia da vontade e, consequentemente, na liberdade das partes para definir os aspectos do procedimento, sendo sobre esse sentido jurisdição com realização da finalidade política.

No que tange ao escopo social, envolve dois elementos principais: a pacificação social do conflito e na educação, complementando o direito positivo nestas funções. O primeiro concerne na solução do conflito de forma definitiva com a devida harmonização dos planos individuais de ação em conflito, com o intuito de restaurar a paz na relação conflituosa.

A educação através do exercício da jurisdição é assim, portanto, um escopo instrumental do processo, ou seja, um objetivo a ser conseguido com a finalidade de chamar a própria população a trazer as suas insatisfações a serem remediadas em juízo. O escopo último continua sendo a pacificação social, que, na medida em que obtidos bons níveis de confiança no seio da população, torna-se mais fácil de ser também levada a níveis satisfatórios¹⁰⁵².

Com base nos ensinamentos de Dinamarco, a educação consiste em um adicional da pacificação social, voltado para os jurisdicionados, demonstrando a possibilidade de solucionar as controvérsias de forma heterocompositiva e pacífica. Refere-se, adicionalmente, à informação e conscientização dos envolvidos e da sociedade sobre direitos e deveres. Na arbitragem, assim como no escopo político, o viés educacional é limitado. Sendo o procedimento confidencial, como a regra geral, o ensino se restringe apenas aos participantes da arbitragem, porém pode atingir os jurisdicionados nos casos em que a confidencialidade é afastada, como ocorre nos procedimentos arbitrais em que a Administração Pública figura como parte.

A arbitragem, mediante o cenário em questão, também se modificou em comparação àquela praticada pelas sociedades pré-modernas, como no Direito Judaico, Direito Romano e em comunidades tradicionais na Ásia e na África. Constatou-se a formalização do procedimento arbitral com a estruturação de regras processuais definidas em âmbito nacional e internacional, mediante leis nacionais e tratados e convenções internacionais. Anteriormente, era pautada na aplicação de normas de caráter tradicional ou religiosa, ou de direito não oficial, com exceção da arbitragem romana.

¹⁰⁵² DINAMARCO, C. R.. “A instrumentalidade do processo”. Ed. Malheiros, São Paulo, 2008, p. 193.

A arbitragem moderna exige, adicionalmente, uma série de referenciais de condutas para os participantes dos procedimentos arbitrais, demonstrando a preocupação com a devida pacificação do conflito sem interferências externas ou coerção e com a produção de uma sentença arbitral executável. Diante do caráter moderno, o processo arbitral deve seguir uma sequência de regras para o seu devido seguimento, de modo que o acesso à justiça está na determinação e institucionalização nos procedimentos democráticos. Considerando ainda o cenário ético trazido, a imparcialidade e a independência estão na base para a regulação de condutas na arbitragem e em um procedimento em conformidade com a releitura moderna.

IV. DEVERES DO ÁRBITRO COMO CHAVE PARA A ÉTICA ARBITRAL

Fundamentalmente na arbitragem internacional a independência e a imparcialidade do painel arbitral são essenciais para um procedimento íntegro e para uma sentença arbitral executável¹⁰⁵³. Esta importância baseia-se em dois aspectos principais: a confidencialidade da arbitragem e a indefinição de regras de condutas aplicáveis.

Com relação à confidencialidade, impede o controle social do procedimento arbitral, cabendo unicamente aos participantes realizar a fiscalização do cumprimento das regras e das garantias processuais. O tribunal arbitral consiste no principal responsável na efetivação deste controle, devendo executar o escopo educacional da arbitragem nesse processo, mediante a verificação do respeito das regras procedimentais e o cumprimento com seus deveres éticos.

A incerteza das regras éticas aplicáveis gera insegurança jurídica para a arbitragem, bem como possibilita que participantes mal-intencionados se utilizem desta falha. Com isso, o árbitro deve precaver-se de se inserir em um contexto de táticas de guerrilha ou de priorizar os interesses de uma das partes nesse limbo ético.

Os árbitros apresentam deveres a serem cumpridos e respeitados no desenvolvimento da função, que são o elemento chave para a ética arbitral moderna. Serão aqui analisados os mais destacados na doutrina e na jurisprudência arbitral,

¹⁰⁵³ MOSK, R. M., "Attorney Ethics in International Arbitration". Berkeley j. Int'l l. Publicist, vol 5, 2010, pp. 34-35.

os quais são: imparcialidade e independência; dever de revelação; competência; diligência e discricção¹⁰⁵⁴.

a) **Imparcialidade e independência**

Joaquim Muniz¹⁰⁵⁵ aborda a imparcialidade e a independência de forma conjunta, assim como diversos outros autores¹⁰⁵⁶, tendo em vista que ambas concernem à ausência de relação entre árbitros e partes/ advogados capazes de interferir na decisão do árbitro. A distinção entre os mencionados conceitos é sutil, sendo, inclusive, tratadas com a mesma consequência, nos casos mais graves, a impugnação do árbitro ou a nulidade da sentença arbitral.

Carlos Alberto Carmona¹⁰⁵⁷ destaca que, assim como o juiz togado, o árbitro deve se manter equidistante das partes e, concomitantemente, acima delas, havendo uma relação triangular. Aplicam-se, conforme supramencionado, aos árbitros os casos de impedimento e de suspeição previstos nos artigos 144 e 145 do Código de Processo Civil e esses possuem o dever de revelar, com base no art. 14 p. 1º da Lei n. 9.307/96, antes de aceitar a nomeação qualquer questão que possa afetar a sua imparcialidade ou a sua independência. As partes possuem o direito, adicionalmente, de impugnar a nomeação de membros do tribunal arbitral por indícios de abalo da conduta desses.

Ao que se refere à independência, é comumente compreendida como a possibilidade de exercer a função sem vínculos externos que a afetem, sejam estes de natureza profissional ou pessoal com as partes ou seus patronos. A existência de vinculações deve ser aferida de forma objetiva e mediante a apresentação de provas e argumentos.

Portanto, a independência deve ser entendida como a ausência de subordinação econômico-financeira, administrativa, política do árbitro a algum dos envolvidos na controvérsia ou a terceiros que possam se beneficiar com a sentença arbitral, apresenta, portanto, íntima ligação com a imparcialidade. Tal exigência pode se mostrar prejudicada quando o árbitro for um ente ou um órgão da administração pública ou um agente público que não possua ampla liberdade em suas decisões.

¹⁰⁵⁴ A Lei de Arbitragem prevê tais deveres éticos no art. 13, §6º, trazendo um rol não exaustivo.

¹⁰⁵⁵ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, pp. 137-138.

¹⁰⁵⁶ Selma Lemes, Carlos Alberto Carmona, Adriana Pucci são alguns dos autores que tratam os dois temas conjuntamente, em face da proximidade de conceitos.

¹⁰⁵⁷ CARMONA, C. A. “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 239.

A imparcialidade, por seu turno, expressa um conceito subjetivo, o estado psicológico do árbitro a favor ou contra um dos conflitantes, de modo que afete a decisão do árbitro¹⁰⁵⁸. Possui uma visão mais subjetiva do que a independência, sendo menos considerada pela dificuldade de apreciação.

Tanto a imparcialidade como a independência estão intimamente relacionadas com o exercício da função do árbitro e da jurisdição, resultando, assim, do contrato do árbitro com as partes e da natureza jurisdicional da arbitragem. Ambos os deveres são denominados na doutrina de obrigação deontológica ou moral do árbitro¹⁰⁵⁹.

Cumpra realçar que imparcialidade e independência não se confundem com neutralidade, a segunda consiste na inexistência de qualquer influência sobre o árbitro. A neutralidade está relacionada com a objetividade completa, decorrendo, inclusive, na necessidade de abandono de crenças e convicções íntimas¹⁰⁶⁰.

No entanto, os seres humanos são formados mediante a socialização e as experiências que fazem parte de sua formação, assim como a própria identidade e a identidade coletiva, os quais influenciam nas compreensões de mundo do indivíduo. Não se pode exigir que uma pessoa abandone todos esses aspectos, sendo completamente neutro como um robô¹⁰⁶¹. Por conseguinte, desde antes do procedimento arbitral, os componentes do painel arbitral já possuem conceitos próprios, que, de certa forma, influenciam no julgamento. O árbitro, ciente de suas compreensões próprias, deve tentar se afastar destes aspectos iniciais, inerentes a sua pessoa, assim como valores sociopolíticos, com o intuito de melhor entendimento das partes e das circunstâncias relativas ao conflito.

b) Dever de revelação

O dever de revelação (*duty of disclosure*) consiste no dever ético dos árbitros de, antes de aceitar a nomeação para a função, esclarecer os fatos que poderiam gerar dúvida quanto à imparcialidade ou à independência, para que as partes possam impugnar ou não a sua indicação. Consiste, assim, em uma adição aos deveres de imparcialidade e de independência, mas autônomo a esses. Neste

¹⁰⁵⁸ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, pp. 138-139.

¹⁰⁵⁹ COUTO, J. V., “Árbitro e Estado: interesses divergentes?” Atlas, São Paulo, 2010, p. 37.

¹⁰⁶⁰ COUTO, J. V., “Árbitro e Estado: interesses divergentes?”, cit., p. 35.

¹⁰⁶¹ LEMES, S. F., “Árbitro, conflito de interesses e o contrato de investidura.” *In*: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrónio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 64-65.

sentido, mesmo que o árbitro entenda que não haja afetação da imparcialidade e independência, deve revelar tais fatos, considerando que pode, inclusive, a desqualificação do árbitro nos casos mais graves¹⁰⁶².

Tal dever se mantém presente durante todo o curso do procedimento arbitral, não se limitando ao momento anterior¹⁰⁶³. Uma vez que surja um novo fato que possa gerar dúvida, deve ser comunicado aos litigantes.

Sobre o dever de revelação, uma das maiores controvérsias trabalhadas na doutrina consiste no dever de investigação de fatos que possam gerar dúvida justificada quanto à imparcialidade e à independência¹⁰⁶⁴. Esta questão se torna ainda mais complexa no caso de árbitros parte de grandes escritórios ou que já foi de alguma sociedade ou empresa. Haveria a necessidade de levantar todas as possíveis questões que poderiam criar dúvida? Joaquim Muniz¹⁰⁶⁵ não vislumbra a necessidade, por exemplo, nos casos de uma sociedade de que era sócio.

Na verdade, o dever de revelação requer um juízo de razoabilidade que será realizado pelo próprio árbitro, sendo sua consciência o limite¹⁰⁶⁶. Há, no entanto, guias e regras que ilustram algumas situações de dúvida justificada ou efetiva afetação da imparcialidade ou da independência, o que auxilia nesse processo monológico do árbitro. De qualquer modo, as partes que desejem impugnar a nomeação do árbitro ou em momento posterior, devem fundamentar a questão legal ou doutrinariamente¹⁰⁶⁷.

c) Competência, diligência e discricção

Feitos rápidos esclarecimentos com relação aos deveres inerentes à jurisdição e ao contrato entre partes e árbitros, passa-se à análise dos relativos ao *receptum arbitrii*, os quais são: a competência, a diligência e a discricção.

No que tange à competência, se trata das aptidões jurídicas e profissionais para a solução do conflito de interesses submetido¹⁰⁶⁸. Carlos Alberto

¹⁰⁶² MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, pp. 145.

¹⁰⁶³ CARMONA, C. A., “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 254.

¹⁰⁶⁴ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, p. 144.

¹⁰⁶⁵ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, cit., p. 145.

¹⁰⁶⁶ PUCCI, A. N., “Impugnação de árbitros”. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, p. 179.

¹⁰⁶⁷ ELIAS, C. E. S., “Notas práticas sobre a imparcialidade dos árbitros: existência de relação entre o árbitro (ou pessoas ligadas a ele) com a parte (ou pessoas ligadas a ela)”. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, p. 194.

¹⁰⁶⁸ COUTO, J. V., “Árbitro e Estado: interesses divergentes?” Atlas, São Paulo, 2010, p. 38.

Carmona ¹⁰⁶⁹entende que a competência está relacionada ao conhecimento do árbitro para decidir a questão submetida à arbitragem, portanto, sendo mais ampla que a concepção aplicada ao Poder Judiciário. As partes, normalmente, optam pelos árbitros pela especialidade destes com a matéria controvertido, consequentemente, espera-se tal *expertise* no procedimento arbitral.

O princípio competência encube prioritariamente ao próprio tribunal arbitral a decisão sobre a sua competência, devendo avaliar a convenção de arbitragem, a arbitrabilidade do litígio, os aspectos formais e materiais e a sua própria aptidão para dirimir o conflito¹⁰⁷⁰. Na Lei n. 9.307/97, o princípio competência-competência está presente nos dispositivos: 8º, §1º e 20.

Sobre tal aspecto, é salutar a autonomia da cláusula compromissória em relação ao contrato, assim, independentemente da validade da avença a arbitragem pode produzir seus efeitos¹⁰⁷¹. O próprio árbitro pode reconhecer a nulidade contratual e reconhecer sua competência, com base no princípio da separabilidade e no princípio da competência-competência.

No tocante ao dever de diligência, consiste na necessidade de o árbitro conhecer a sua função e as responsabilidades oriundas destas, bem como a devida dedicação ao ato de julgar – inerente à função jurisdicional que exerce na controvérsia. Nessa direção,

O árbitro deve estar consciente de sus responsabilidade e deveres, em especial, da diligência. E o dever de diligência inclui necessariamente o dever de decidir, não negamos que casos há e haverá sempre em que o árbitro deverá remeter as partes e ao Judiciário, mas isso a Lei cuidou de determinar claramente, como é o caso de medidas cautelares e assecuratórias de direitos, assim como o surgimento de questões prejudiciais fundadas em direitos indisponíveis¹⁰⁷².

A diligência que é requerida do árbitro consiste no comprometimento com a resolução da controvérsia da melhor forma possível, abrangendo um exame sobre o tempo que pode aplicar ao caso e se possui a *expertise* necessária¹⁰⁷³. Joaquim Muniz ¹⁰⁷⁴adiciona ainda a obrigação de agir com presteza e dedicação durante todo o curso do procedimento arbitral.

¹⁰⁶⁹ CARMONA, C. A., “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 243.

¹⁰⁷⁰ RECHSTEINER, B. W., “Arbitragem privada internacional no Brasil depois da nova Lei n. 9.307, de 23.09.1996: teoria e prática”. 2ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001, p. 65.

¹⁰⁷¹ CARMONA, C. A., “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009, p. 18.

¹⁰⁷² PINTO, J. E. N., “O árbitro deve decidir”. In: *Âmbito Jurídico*, , VI, n. 14, Rio Grande, 2003.

¹⁰⁷³ CARMONA, C. A., “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009., p. 245.

¹⁰⁷⁴ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, p. 146.

A discricção, por sua vez, concerne ao sigilo devido pelo árbitro, tendo em consideração que a arbitragem tem como uma das suas principais características e vantagens a confidencialidade. Deve, assim, evitar comentários ou observações sobre a existência do procedimento ou o direcionamento de sua decisão. Não se confunde com a confidencialidade, que não estará sempre presente nos procedimentos arbitrais, a exemplo das arbitragens públicas, cuja sigilosidade é mitigada (art. 2º, §3º, LA). Decerto, concerne na impossibilidade de revelar informações importantes sobre as arbitragens em que atua ou já atuou¹⁰⁷⁵.

CONCLUSÃO

A arbitragem possui alguns embates no âmbito ético, cujas causas apontadas são: o crescimento da comunidade arbitral; a diversidade dos novos *players*; a variedade de grupos que elaboram normas. Adiciona-se a este rol a compreensão da arbitragem como mercado, que resulta na visão do instituto como uma forma de alcançar interesses próprios, como um mercado de reconhecimento, implicando a concorrência e competição, muitas vezes antiética, entre os participantes. Além disso, acarreta a prática de táticas de guerrilha.

Sob o aspecto da regulação de condutas, verifica-se o desconhecimento sobre quem possui soberania sobre a comunidade arbitral, a indefinição das regras aplicáveis e a existência de regras variadas sobre o tema.

Com relação a primeira questão, se deve ao fato de a arbitragem apresentar um caráter privado, apesar de sua natureza pública. Com isso, os Estados elaboram normas específicas ou aplicam as já existentes para o âmbito do processo judicial. Ao mesmo tempo, instituições internacionais editam tratados internacionais e guias ou diretrizes de conduta, gerando uma incerteza sobre a normativa aplicável. Por consequência, há uma variedade de regras sobre o tema das condutas dos participantes, que não possuem um conteúdo uniforme.

Entretanto, o revestimento moderno da arbitragem requer que cumpra com os escopos jurisdicionais, assim como exige que o procedimento siga parâmetros normativos e processuais, em prol da efetivação do acesso à justiça. Isto perpassa pelos deveres éticos do árbitro, o qual apresenta as bases para a realização do procedimento arbitral livre de condutas antiéticas. Portanto, a chave para a ética na arbitragem envolve tais deveres, ou seja, abarca a atuação do painel arbitral com respeito à imparcialidade, independência, competência, discricção e diligência.

¹⁰⁷⁵ MUNIZ, J. P., “Curso básico de direito arbitral: teoria e prática”, Juruá, Curitiba, 2017, p. 147.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BANNWART JR, C. J.; TESCARO JR., J. E. “Jürgen Habermas: teoria crítica e democracia deliberativa”. *Confluências*, vol. 12, n. 2. Niterói, 2012, pp. 129-156.

BAPTISTA, L. O., “Ética e arbitragem”. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 103-120.

BORN, G., “International Commercial Arbitration”. Wolters Kluwer Law & Business, 2009.

CARMONA, C. A., “Arbitragem e Processo”. Ed. Atlas, São Paulo, 2009.

ELIAS, C. E. S., “Notas práticas sobre a imparcialidade dos árbitros: existência de relação entre o árbitro (ou pessoas ligadas a ele) com a parte (ou pessoas ligadas a ela)”. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 189-210.

DINAMARCO, C. R., “A instrumentalidade do processo”. Ed. Malheiros, São Paulo, 2008.

GAILLARD, E. “Sociology of international arbitration”. *Arbitration International*, Oxford, 2015, 31, 1–17.

GREBLER, E. “Relatório-Síntese do XIV Congresso do Comitê Brasileiro de Arbitragem, Realizado de 13 a 15 de Setembro de 2015 em Foz do Iguaçu”. *Revista Brasileira de Arbitragem*, n. 49, jan.-mar., 2016, pp. 207-228

HACKING, L; B., Sophia. “Ethics in arbitration: Party and arbitral misconduct”, Lord Hacking, 2016, 13.01.

MOSK, R. M., “Attorney Ethics in International Arbitration”. *Berkeley j. Int'l l. Publicist*, vol 5, 2010, pp. 32-37.

MOURRE, A., “Soft Law as a Condition for the Development of Trust in International Arbitration”. *RBA* N° 51, Jul-Set/2016, pp. 82-98.

O’CONNOR, E., “Can Arbitral Institutions Be Expected to Promulgate Effective Rules of Ethics?”, *Kluwer Arbitration Blog*, 2016.

PUCCI, A. N., “Impugnação de árbitros”. In: CARMONA, Carlos Alberto; LEMES, Selma Ferreira; MARTINS, Pedro Batista (coord.). 20 anos da lei de arbitragem: homenagem a Petrônio R. Muniz. Atlas, São Paulo, 2017, pp. 171-188.

ROGERS, C., “Ethics in International Arbitration”. Oxford Press University, Oxford, 2014.

SANTOS, B. de S., “O Estado e o Direito na transição pós-moderna: Para um novo senso comum sobre o poder e o direito”; *Revista Crítica de Ciências Sociais*, n. 30, jun. de 1990.

OS NOVOS PARADIGMAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL NO BRASIL: UMA ANÁLISE A PARTIR DA TEORIA DA DEMOCRACIA DE JÜRGEN HABERMAS

HANSEN, Gilvan Luiz

Doutor em Direito, Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, Brasil,
gilvanluizhansen@id.uff.br

ARAKAKI, Fernanda Franklin Seixas

Doutoranda em direito, Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, Brasil,
fernandafs@sempre.facig.edu.br

ANTUNES, Rosana Maria de Moraes e Silva

Doutoranda em direito, Universidade Federal Fluminense - UFF, Niterói, Brasil,
rosanadvogada@gmail.com

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar os novos paradigmas da jurisdição constitucional em razão da expansão dos efeitos vinculantes dos direitos fundamentais. Para tanto, será investigado o conceito de democracia a luz da teoria habermasiana, vez que, os novos meios de resolução de conflitos abriram espaço dentro do judiciário, funcionando como um espaço de diálogo social. Assim, através de uma pesquisa bibliográfica de abordagem qualitativa e do método hermenêutico analítico, o presente estudo, trará a proposta para a investigação in loco dos conceitos e análise do tema, que é de suma relevância jurídica e social no Estado democrático de direito.

Palavras-chaves: Jurisdição constitucional; neoconstitucionalismo; democracia; diálogo social; direitos fundamentais.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar los nuevos paradigmas de la jurisdicción constitucional en razón de la expansión de los efectos vinculantes de los derechos fundamentales. Para ello, se investigará el concepto de democracia a la luz de la teoría habermasiana, ya que los nuevos medios de resolución de conflictos abrieron espacio dentro del poder judicial, funcionando como un espacio de diálogo social. Así, a través de una investigación bibliográfica de abordaje cualitativo

y del método hermenéutico analítico, el presente estudio, traerá la propuesta para la investigación in loco de los conceptos y análisis del tema, que es de suma relevancia jurídica y social en el Estado democrático de derecho.

Palabras-clave: Jurisdicción constitucional; neoconstitucionalismo; democracia; diálogo social; derechos fundamentales

ABSTRACT

The present work aims to analyze the new paradigms of the constitutional jurisdiction due to the expansion of the binding effects of fundamental rights. To do so, the concept of democracy will be investigated in light of the Habermasian theory, since the new means of conflict resolution has opened space within the judiciary, functioning as a space for social dialogue. Thus, through a bibliographical research of qualitative approach and the analytical hermeneutic method, the present study will bring the proposal for the in situ investigation of the concepts and analysis of the theme, which is of great juridical and social relevance in the democratic State of law.

Key-words: Constitutional Jurisdiction; neo-constitutionalism; democracy; social dialogue; fundamental rights.

SUMÁRIO. I. INTRODUÇÃO; II. FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO E OS REGIMES DEMOCRÁTICOS; III. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O ESTADO SOCIAL; IV. OS NOVOS PARADIGMAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA; V. CONSIDERAÇÕES FINAIS; VI. REFERÊNCIAS.

I. INTRODUÇÃO

Após o advento da segunda guerra mundial, um novo paradigma constitucional se desenvolve, conhecido como substancialismo das constituições, significando a positivação de direitos humanos fundamentais nas cartas constitucionais. Tal fenômeno, se desenvolveu também no Brasil, resultando na Constituição Federal de 1988, a constituição cidadã, que a partir de então, traça como foco para o ordenamento jurídico a promoção dos direitos fundamentais.

Assim, fulcrados no regime democrático de direito, os direitos fundamentais, passam a definir os caminhos e as decisões jurídico-políticas de todo o Estado, buscando promover o pluralismo, à dignidade humana e a justiça social.

Cumprе salientar, que no Brasil, o poder do Estado, é realizado, por meio de uma organização complexa de divisão de funções: executiva, legislativa e judiciária. Tal divisão se assenta na independência e na harmonia entre os órgãos do poder político, possuindo um mecanismo de controle mútuo em busca do equilíbrio necessário à realização do bem da coletividade e indispensável para evitar o arbítrio e o desmando de um órgão em detrimento do outro e especialmente dos governados.

Esta organização complexa, tendo como pressuposto uma constituição de natureza rígida, também viabiliza que as soluções possuam índole constitucional, através da Corte Constitucional, possibilitando a essa, ser intérprete última da constituição no âmbito de um Estado Democrático de Direito.

Neste diapasão, com vistas a garantir tais direitos e a harmonia dos ideais do Estado Democrático, o judiciário, diante a inércia dos demais poderes, passa a assumir certo protagonismo, vez que possui o dever de controlar as decisões políticas em prol da concretização da Constituição Federal, ocasionando, por vezes, um indesejável desequilíbrio entre os poderes.

Assim, diante a importância de se consubstanciar e legitimar a promoção dos direitos e garantias fundamentais, o presente estudo, a partir da teoria da democracia deliberativa de Jürgen Habermas (1997), fulcrada no diálogo social e institucional, busca trazer fundamentação e legitimidade para as deliberações do poder judiciário.

Para tanto, será feita uma pesquisa de caráter bibliográfica e abordagem qualitativa, cujo método será o hermenêutico analítico, tendo como objetivo apresentar os fundamentos da teoria habermasiana de democracia para a investigação da jurisdição constitucional e a discussão sobre a possibilidade de sua aplicação pelo poder judiciário, buscando trazer legitimidade a sua atuação, fundamental em um Estado democrático de Direito.

II. FENÔMENO DO CONSTITUCIONALISMO E OS REGIMES DEMOCRÁTICOS

Após a segunda guerra mundial e a vitória dos países democráticos, instaurou-se um fenômeno jurídico conhecido como “substancialismo das constituições”, que trouxe importantes mudanças no contexto da positivação dos direitos

humanos na Constituição Federal de 1988 e o paradigma de um Estado Social. Neste sentido, Fiori (1997) ao lecionar sobre as quatro pilastras de identificação de um Estado Social, relaciona os movimentos ideológicos com o pós 2ª Guerra Mundial, atribuindo força significativa ao clima de solidariedade nacional que instalou-se logo depois da guerra dentro dos países vencedores e vencidos, e, logo depois, pela solidariedade supranacional gerada pelo novo quadro geopolítico. A nova situação ao bipolarizar ideologicamente os conflitos mundiais entre duas propostas excludentes de organização econômica e social, criaram os estímulos ou receios necessários para consolidar as convicções "socialmente orientadas" de todos os governos, aí incluídos os conservadores os democrata-cristãos e os liberais (FIORI, 1997, p. 134).

Assim, instaurou-se o chamado constitucionalismo nos regimes democráticos, consolidando o Estado como atuante para a garantia de direitos aos cidadãos, atribuindo-lhe, desta forma, papel muito mais significativo que apenas uma garantia de abstenção estatal. Deborah Moretti e Yvete da Costa (2016) salientam que:

[...] a meta central das constituições modernas pode ser resumida na promoção do bem-estar do ser humano, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de exercício de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção aos direitos individuais, sua efetivação. (MORETTI E COSTA, 2016, p. 115)

Neste ponto, importante ressaltar a ideia de que o Estado Democrático de Direito é uma síntese de duas ideias que na sua origem são antagônicas: a democracia e o constitucionalismo. Se por uma lado, a ideia de democracia está fundada na soberania popular, de outro lado, está o constitucionalismo fundado na ideia de limitação do poder do Estado.

O fenômeno do constitucionalismo, segundo Loewenstein (1986), teve início na era das revoluções e, surgiu como forma de estabelecer racionalidade na existência da autoridade do Estado, fundamentando bases jurídicas nas relações entre o Estado e os seus cidadãos, afastando justificativas de cunho religioso ou bélico, além consubstanciar limites ao poder do Estado (LOEWENSTEIN, 1986. p. 150).

Porém, esse cenário começa a mudar na metade do Século XIX, momento em que as massas populares se organizam para reivindicar maior igualdade de

participação no âmbito das decisões estatais, buscando a consolidação de um regime democrático.

Em contrapartida, as teorias constitucionais existentes e até então majoritárias à época, tiveram dificuldade para sustentar uma estrutura jurídica que possibilitasse conformar o constitucionalismo com um regime democrático, visto que ao mesmo tempo que limita o poder do Estado, no constitucionalismo, impõe decisão política majoritária a todos os concernidos, inclusive contra a vontade destes na democracia. Assim, apenas o reconhecimento das decisões majoritárias inviabiliza a concretização do interesse de uma minoria, não sendo viável impor e ao mesmo garantir direitos fundamentais aos concernidos, sendo necessário desenvolver mecanismos que delimitassem as decisões majoritárias, viabilizando direitos e garantias fundamentais também das minorias, desembocando no que atualmente é conhecido como o fenômeno do neoconstitucionalismo.

Neste viés, Habermas (2003), aponta que a harmonização entre democracia e constitucionalismo é possível e argumenta dizendo que ela acontece por meio de duas premissas: a adesão livre dos destinatários as normas, bem como do reconhecimento destas como o parâmetro que regula a convivência (HABERMAS, 2003). Segundo o filósofo, as limitações que podem originar do constitucionalismo revela-se como origem sociedade estatal, contendo o arbítrio, freando as paixões, para que seja possível que pessoas diferentes possam conviver e se tolerar.

Desta forma, atualmente, têm-se por democracia, um regime em que a sociedade tenha possibilidade de ver seus direitos defendidos, independentemente da expressão de grupos numéricos, políticos ou economicamente majoritários; Já por constitucionalismo, têm-se um modelo de organização estatal em que o poder esteja controlado, em uma ordem bem dividida pelo sistema normativo que se impõe aos governantes e governados; finalmente, têm-se por neoconstitucionalismo o fenômeno de interpretar o Direito a partir da valorização dos direitos humanos, cuja expressão máxima são os direitos fundamentais, em que o Estado de Direito foi superado pelo Estado Democrático de Direito.

Neste viés, encontra-se a Constituição Federal de 1988 que, traduzindo a democracia e o neoconstitucionalismo como pontos de partida para sua organização, traçando como foco para o ordenamento jurídico a promoção dos direitos fundamentais e o reconhecimento das diversidades, expressando uma verdadeira tensão entre as vontades dos grupos majoritários e o dever de proteção grupos minoritários, que segundo Kelsen (2000):

De fato, a existência de uma maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por conseqüência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disto resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria. Esta proteção da minoria é a função essencial dos chamados direitos fundamentais e liberdades fundamentais, ou direitos do homem e do cidadão, garantidos por todas as modernas constituições das democracias parlamentares (KELSEN, 2000, p. 67).

Assim, a democracia neoconstitucional como regime de governo ideal, neste final de século, tem como papel buscar harmonizar essa tensão até encontrar o equilíbrio institucional, para desenvolver a sociedade politicamente organizada.

III. CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E O ESTADO SOCIAL

A sociedades modernas têm se deparado nos últimos anos, com o surgimento de uma sucessão de novos e relevantes direitos, advindos da Constituição Federal de 1988, que se relacionam diretamente com a própria ideia de democracia (DEMARCHI; CADEMARTORI, 2010).

Assim, a mudança de foco da constituição de abstencionista para a incorporação de direitos substanciais, traduzindo-se na ideia de que democracia e efetivação de direitos fundamentais devem ser indissociáveis em um estado constitucional de direito.

Porém, tais premissas, carregam em seu bojo, uma atuação muito mais efetiva dos poderes constituídos, fazendo-se necessárias a implementação de maiores ações positivas do Estado, que pode se dar através de políticas públicas e regulamentação que sejam realmente capazes de efetivar a sua realização

No Brasil, o fenômeno do Estado Social ocorreu de forma mais lenta que nos países europeus, só se concretizando após a Constituição Federal de 1988 , inaugurando no País o Estado Democrático de Direito.

Para tanto, necessário se faz ao Estado, desenvolver um sistema complexo de organização que busca uma flexível separação de funções do poder público (legislativo, executivo e judiciário), viabilizando a existência e a harmonia do próprio Estado Democrático de Direito .

A Constituição cidadã conseguiu consagrar a democracia e, para garantir os direitos fundamentais nela constituída, fortaleceu o Poder Judiciário, de tal

forma que, passou a decidir, através da corte constitucional, importantes questões político-legislativas ao mesmo tempo em que se torna guardião da Constituição Federal. Tal mudança constitucional assemelha-se às demais constituições de outros Estados Democráticos.

Assim, o Poder Judiciário deve atuar como garantidor dos direitos fundamentais quando não efetivados pelos poderes Executivo e Legislativo, desencadeando toda a controvérsia que envolve o deslocamento das decisões políticas inerentes do legislativo e do executivo para o judiciário.

IV. OS NOVOS PARADIGMAS DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

No Brasil, os poderes legislativo e executivo, segundo Deborah Moretti e Yvete da Costa (2016), reiteradamente são omissos no cumprimento de direitos fundamentais, tornando-se a atuação do Judiciário fundamental na tutela desses direitos. (MORETTI; COSTA, 2016), transferindo a atuação dos poderes Executivo e Legislativo para o Judiciário no que diz respeito ao cumprimento da Constituição, culminando na chamada crise de legitimidade dos poderes democráticos (BARROSO, 2012).

Nesse panorama, a corte constitucional no Brasil, passa a decidir cada vez mais de forma política, interferindo nos demais poderes e nas suas funções típicas, e, por vezes ultrapassando a atuação de controle de constitucionalidade das leis, determinado de forma impositiva a realização de políticas públicas e por vezes até legislando em nome da garantia dos direitos fundamentais do cidadão Brasileiro.

Desta forma, embora haja independência orgânica dos poderes constituídos, não existindo, entre eles, qualquer subordinação ou dependência, no que tange ao exercício de suas funções, é necessário um mecanismo de controle mútuo, onde há interferências, que visam ao estabelecimento de um sistema de freios e contrapesos, traçando um equilíbrio necessário à viabilidade Estatal e à realização do bem da coletividade.

Essa organização torna possível, nos países que adotam o controle judicial de leis e conflitos, que as soluções sejam de índole constitucional, resolvidas em última instância pela Corte Constitucional, na chamada jurisdição constitucional e, não por decisão da maioria por meio de seus representantes eleitos. Desta forma,

a Corte Constitucional é intérprete final da constituição, assumindo, o Poder Judiciário, um papel de guardião dos direitos postos nas constituições.

Luís Roberto Barroso (2008), leciona que, tal papel, trás ao Poder Judiciário também um papel político, dividindo espaço com o Legislativo e o Executivo (BARROSO, 2008, pp. 211-212).

Este cenário, traz à baila, a importante discussão acerca da legitimidade democrática do Poder Judiciário para exercer as funções típicas dos demais poderes da república. Neste diapasão, existem duas vertentes a respeito do papel que deve ser desempenhado pelo Judiciário: a vertente procedimental e a vertente substancial.

Pela vertente procedimental, o Judiciário, como um dos poderes da república, deve agir de forma a dar garantias das disposições legais do processo democrático. Neste sentido, a justiça política está intimamente ligada às possibilidades reais do debate democrático, e o espaço público é meio necessário para que as potencialidades lingüísticas possam ser desenvolvidas pelos cidadãos.

Em contrapartida, pela vertente substancial, o Judiciário deve assumir um papel protagonista na defesa dos direitos fundamentais e dos demais princípios da Carta Constitucional, garantindo a inserção dos direitos das minorias que não alcançam representação eleitoral.

Nesta perspectiva, o poder judiciário traz em seu corolário o papel concretizador da justiça constitucional, não ferindo as diretrizes políticas institucionais representativas, mas, em consonância com seu papel institucionalizado pela própria constituição, eleva o debate democrático, resguardando as minorias das circunstâncias das decisões da maioria.

Ressalta-se que a atuação judiciária na efetivação do cumprimento das normas fundamentais só deve ocorrer quando os demais poderes deixam de cumprir seu papel, não garantindo os direitos e as garantias fundamentais. Porém, a ineficiência crônica dos poderes Executivo e Legislativo em efetivar o texto constitucional tem levado à atuação cada vez maior do judiciário, indo para além de guardião da Constituição Federal, passando a garantir a implementação dos direitos fundamentais nela previstos e, por vezes, ocasionando, um indesejável desequilíbrio entre os poderes e, a falta de legitimidade de alguns atos.

Neste viés, Habermas (1997) trás importantes assertivas a crítica feita à jurisdição constitucional, que se conduz pela distribuição de competências entre o legislador democrático e a justiça, que disputam a divisão de poderes. Segundo o filósofo, quando maior a atuação da Corte Constitucional, menor é o campo de atuação do Poder Legislativo. O ponto de equilíbrio entre essa tensão que se forma é uma discussão que ainda não se chegou a conclusão (HABERMAS, 1997)

Contudo, segundo Habermas (2003), o constitucionalismo atual, se propõe a permitir a coexistência pacífica das diferenças por meio do controle dos egoísmos privados, não aniquilando a própria individualidade, mas como modo de garantir nos espaços públicos institucionais a realização de debates na busca da formação de consensos racionais que legitimem os atos estatais, dentre os quais se inclui a própria Constituição (HABERMAS, 2003).

Nesse diapasão, Habermas (1997) lança a idéia de democracia deliberativa que deve começar com uma reconstrução da sociedade moderna por meio da teoria da ação comunicativa e pretende dar conta das críticas liberais, comunitaristas e republicanos feitas mutuamente. Com isso, temos que a democracia deliberativa consiste em uma proposta de tomada de decisões, em sociedades democráticas, por meio de deliberação, como alternativa preferencial em face de mecanismos de votação.

Assim, a teoria democrática discursiva proposta por Habermas (2003), aponta para a construção de um sistema jurídico constitucional, que possua procedimentos institucionais com vocação de canalizar as reivindicações sociais e que permita a construção de consensos racionais atribuídas se não a todos, certamente a consistentes maiorias. Esses procedimentos institucionais, estatais e extra-estatais devem buscar sempre que possível, colocar em marcha o processo de aproximação entre sociedade e Constituição facilitando a concretização dos pactos de convivência erigidos nos textos constitucionais contemporâneos.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos fundamentais adquiriram uma importância acentuada, fruto do processo histórico que afirma o paralelo existente entre as diversas fases do constitucionalismo e o crescimento do sistema de proteção social onde se percebe a simbiose entre os direitos fundamentais, sociedade e política. Isso conduz a

percepção que o Direito e a realidade social, são elementos que se complementam com influências recíprocas

A teoria democrática habermasiana, confere ao Poder Judiciário um papel diferenciado face àquele que tradicionalmente lhe é outorgado. Colocando o Poder como instância onde é possível construir posições consensuais, procedimentalmente controladas, em torno do que os titulares da Constituição dela esperam.

Justifica-se tal legitimidade ao Poder Judiciário para conferir efetividade aos direitos garantidos na constituição, observando as prioridades sociais, bem como suas carências e conflitos. Com o expansão do conteúdo material nas constituições, que incorporam uma série de novas responsabilidades, distribuídas para governos, bem como o próprios cidadãos, somado ao reconhecimento da eficácia objetiva aos direitos fundamentais, foi exigida uma diferente compreensão acerca da atividade jurisdicional. Assim, o Poder Judiciário que, em um crescente número de situações, é chamado a participar no processo de efetivação dos comandos inscritos no texto constitucional.

Contudo, vale ressaltar, que essa efetivação não é apenas acolher as demandas. É sobretudo, oferecer respostas adequadas, em conformidade com as vontades consensualmente formadas por meio das diversas demandas, para que o Poder Judiciário no cenário democrático, se apresente como uma instância procedimental deliberativa, com legitimidade de suas decisões, não pela sua força ou da sabedoria dos julgadores, mas da sua capacidade de dar voz às vontades sociais consensualmente construídas, identificando, dentre os divergentes interesses postos à mesa, permitindo, dentro do possível, conciliar as diferenças.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista de Direito Administrativo da FGV* [online]. Rio de Janeiro, 240, Abr/jun, 2005. pp. 1-42.

BARROSO. Vinte anos da constituição brasileira de 1988: o estado a que chegamos. *Cadernos da Escola de Direito - UNIBRASIL*. V. 1, n. 8, 2008.

BARROSO. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ* [online]. V. 2, n. 21, jan/jun 2012. BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de

18 de setembro de 1946. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm, acesso em 14 nov 2015.

BARROSO, Luís Roberto. Jurisdição constitucional: a tênue fronteira entre o direito e a política. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2014/2/art20140204-06.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2019.

BINENBOJM, Gustavo. A nova jurisdição constitucional - Legitimidade democrática e instrumentos de realização. 2ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2004.

DEMARCHI, Clóvis; CADEMARTORI, Daniela Mesquita Leutchuk de. Do constitucionalismo ao neoconstitucionalismo. Revista USCS - Direito. Ano XI, n. 18, jan/jun 2010.

FIORI, José Luis. Estado de Bem Estar Social: Padrões e crises. *PHYSIS – Revista de Saúde Coletiva* 7(2). Rio de Janeiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Direito e Democracia. Entre Facticidade e Validade. (v. I e II) Trad. Flávio Sibenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HABERMAS, Jürgen. Consciência Moral e Agir Comunicativo. Tradução de Guido A. de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1989.

HABERMAS, Jürgen. O Estado Democrático de Direito: uma amarração paradoxal de princípios contraditórios? in *Era das Transições*. Trad. Flávio B. Sibenechler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. Três modelos normativos de democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HABERMAS, Jürgen. Sobre a coesão interna entre Estado de direito e democracia. in *A Inclusão do Outro*. Estudos sobre teoria política. Trad. Paulo Astor Soethe. 2. ed. São Paulo: Loyola, 2004.

HANSEN, Gilvan. A resolução de conflitos no Estado Democrático de Direito: uma perspectiva habermasiana. In: FACHIN, Zulmar; BANNWART JÚNIOR, Clodomiro José. (Org.). *Direito e Filosofia diálogos*. Campinas : Millennium, 2012, v.1

KELSEN. Hans. *A Democracia*. 2ª Ed. São Paulo. Martins Fontes, 2000.

LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de la Constitución. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. 2. ed. 4. reimpressão. Barcelona: Ariel, 1986. p. 150.

MORETTI, Deborah Aline Antonucci; COSTA, Yvete Flávio da. A importância do ativismo judicial na implementação dos direitos sociais não implementados pelo poder público. Revista Direitos e Garantias Fundamentais, v. 17, n. 1. Vitória: FDV, jan/jun 2016, pp. 111-134.